

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CHRISTIAN LAUFER

**Da lavagem de dinheiro como crime de perigo:
o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira.**

CURITIBA

2012

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ

CHRISTIAN LAUFER

**Da lavagem de dinheiro como crime de perigo:
o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira.**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito, Área de Concentração em Direito do Estado, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Professor Orientador: Dr. João Gualberto Garcez Ramos

CURITIBA

2012

TERMO DE APROVAÇÃO

CHRISTIAN LAUFER

**Da lavagem de dinheiro como crime de perigo:
o bem jurídico tutelado e seus reflexos na legislação penal brasileira.**

Dissertação aprovada como requisito parcial para a obtenção do grau de Mestre no Programa de Pós-Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

Presidente: _____

Prof. Dr. João Gualberto Garcez Ramos
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro 01: _____

Prof. Dr. Paulo César Busato
Departamento de Ciências Jurídicas, UFPR

Membro 02: _____

Prof. Dr. Fábio André Guaragni
Departamento de Ciências Jurídicas, Faculdades Integradas Curitiba

À minha família.

Agradecimentos

Agradeço a meu orientador, Professor Doutor João Gualberto Garcez Ramos, pelos ensinamentos que me passou durante o curso de mestrado e por ter aceitado, em 2010, orientar um ilustre desconhecido.

A todos os meus amigos, do Direito ou não, que me apoiaram durante os últimos anos compartilhando experiências acadêmicas ou simplesmente me oferecendo sua amizade – o que já foi muito.

À Priscilla Placha Sá e ao Robson Galvão da Silva, por terem aberto as portas de suas bibliotecas pessoais à minha pesquisa. Não esquecerei disso, jamais.

Ao Prof. Dr. Gustavo Luiz von Bahten, o Pagode, pela amizade, pela paciente revisão e pelas ricas observações de caráter metodológico.

Ao Eversong, amigo que fez chegar até mim algumas obras importantes.

À Karin Kässmayer, pela pontual – mas imprescindível – tradução do § 261 do StGB.

Ao Daniel Krüger Montoya, sócio, amigo, incentivador desse trabalho desde o primeiro dia.

Aos meus irmãos, pelo companheirismo, pelo exemplo diário de caráter, pelo amor que sentimos uns pelos outros.

Aos meus pais, pela obra que construíram durante a vida, da qual tenho tanto orgulho.

RESUMO

A sociedade globalizada impõe ao direito penal a função de evitar riscos econômicos e ambientais de grande magnitude por meio da tipificação de crimes de perigo abstrato. Mesmo nesse contexto, a pena criminal só é legítima quando visa à proteção de bens jurídicos individuais ou coletivos para a manutenção da livre convivência em sociedade.

A lavagem de dinheiro configura típica construção legislativa da globalização, pois responde à lógica da internacionalização das normas repressoras, ostenta caráter transnacional, é praticada por autores de difícil identificação e configura um crime de perigo por acumulação que agride um bem jurídico de pouca concretude.

Duas consequências principais advêm da assunção da lavagem de dinheiro como um delito socioeconômico de perigo por acumulação: a punição do autor do crime antecedente pelo crime consequente, em concurso de delitos, e a ausência de tipicidade de pequenos e isolados atos de ocultação de bens.

Palavras-chave: Bem jurídico. Funcionalismo teleológico. Crimes de perigo. Delitos de acumulação. Lavagem de dinheiro. Criminalidade transnacional. Direito penal econômico.

ABSTRACT

Present money laundering regulations were set up as typical legal construction of globalization, since (1) they respond to the logic of internationalization of repressive rules, (2) they fundamentally have transnational character, (3) they are perpetrated by authors who are difficult to identify and (4) they configure a crime of danger – by accumulation of crimes – which attacks an abstract legal good.

Therefore, two major outcomes derive from the assumption of money laundering as a socioeconomic crime of danger by accumulation: (1) the punishment of the offender of the predicate (previous) crime for the underlying (consequent) crime, and (2) the absence of sanctions for small and isolated acts of concealment of assets.

Therefore, two major outcomes derive from the assumption of money laundering as a socioeconomic crime of danger by accumulation: (1) the punishment of the offender of the predicate (previous) crime for the underlying (consequent) crime, and (2) the absence of sanctions for small and isolated acts of concealment of assets.

Keywords: Legal goods. Teleological functionalism. Crimes of danger. Accumulation of crimes. Money laundering. Transnational criminality. Economic criminal law.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	01
 CAPÍTULO 1: A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL	 06
1.1. A tutela de bens jurídicos como função do Direito penal .	06
1.1.1. O conceito material de crime e a noção de bem jurídico	06
1.1.2. O conteúdo do termo bem jurídico	11
1.1.3. Bem jurídico e Constituição	16
1.1.4. Bem jurídico como critério negativo ao poder de punir e o critério da “carência de tutela penal”	20
1.2. A expansão do direito penal na sociedade de risco	22
1.2.1. A globalização e a nova caracterização dos padrões de sociedade e de crime	22
1.2.2. A sociedade de risco: os bens jurídicos coletivos e a prevenção do perigo	30
1.2.3. Administrativização do direito penal para a neutralização dos novos riscos: os crimes de perigo abstrato e os delitos de acumulação	37
1.3. Propostas doutrinárias para enfrentamento das novas questões penais	45
1.3.1. O Direito penal do Risco aceito sem restrições: relativização de princípios clássicos e – eventual – abandono do conceito de bem jurídico	45
1.3.2. A “Escola de Frankfurt” (Direito de Intervenção) e Jesús- María SILVA SÁNCHEZ (Direito Penal de Duas Velocidades)	49
1.3.3. Funcionalismo sistêmico e direito penal do inimigo: JAKOBS	54
1.3.4. O Funcionalismo teleológico	61

CAPÍTULO 2: A CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO	66
2.1. A ideia central: criminalizar a reinserção, na economia lícita, dos lucros advindos da prática delitiva	67
2.2. A evolução da legislação dos Estados Unidos da América ..	71
2.3. Tratados internacionais sobre a lavagem de dinheiro	79
2.3.1. Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1980	80
2.3.2. Declaração de Princípios da Basileia	81
2.3.3. A Convenção das Nações Unidas	82
2.3.4. As Recomendações do GAFI	85
2.3.5. O Convênio de Estrasburgo	88
2.3.6. Outros documentos internacionais sobre o tema	89
2.4. Algumas legislações internas sobre a ocultação de bens	90
2.4.1. Alemanha	90
2.4.2. Espanha	91
2.4.3. Portugal	92
2.4.4. Argentina	93
2.5. Brasil: a Lei n. 9.613/98	94
 CAPÍTULO 3: O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA INCRIMINAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO	 99
3.1. A criação do risco ao bem jurídico como critério de diferenciação entre o exaurimento do delito antecedente e a tipicidade objetiva do crime de lavagem de capitais	99
3.2. A diversidade doutrinária acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal de ocultação de bens	101
3.2.1. Ausência de bem jurídico protegido. Desnecessidade e falta de oportunidade na autonomia do crime de ocultação de bens	104
3.2.1.1. <i>Críticas</i>	109
3.2.2. Lavagem de dinheiro como “participação” pós-delitiva: bem jurídico da lavagem de capitais como o mesmo bem jurídico tutelado pelo tipo do crime antecedente	111

3.2.2.1. <i>Lesão do bem jurídico e consumação do delito em atos lesivos com permanência no tempo</i>	112
3.2.2.2. <i>As distintas modalidades de intervenção de vários sujeitos em um fato lesivo: participação em sentido estrito e em sentido amplo</i>	116
3.2.2.3. <i>Críticas</i>	123
3.2.3. <i>Administração da Justiça</i>	124
3.2.3.1. <i>Críticas</i>	128
3.2.4. <i>Ordem econômica como bem jurídico tutelado pela Lavagem de Capitais</i>	130
3.2.4.1. <i>Lavagem de dinheiro como tipo penal que protege a ordem econômica em sentido amplo</i>	130
3.2.4.2. <i>Tráfico lícito de bens como bem jurídico protegido</i>	133
3.2.4.3. <i>Delito pluriofensivo: ocultação de bens como crime contra a ordem econômica e contra a administração da justiça</i>	137
3.2.4.4. <i>Críticas</i>	141
3.3. Conclusão parcial	144

CAPÍTULO 4. A LAVAGEM DE DINHEIRO COMO DELITO SOCIOECONÔMICO DE PERIGO	153
4.1. Lavagem de dinheiro como delito socioeconômico	153
4.1.1. <i>As características e peculiaridades dos crimes econômicos</i> .	156
4.1.2. <i>Ocultação de bens como crime econômico em sentido amplo ou estrito</i>	161
4.2. Considerações sobre a autoria e a tipicidade objetiva da ocultação de bens como delito socioeconômico de perigo por acumulação	164
4.2.1. <i>O risco permitido em casos de lavagem de dinheiro</i>	164
4.2.2. <i>Primeira consequência da escolha do bem jurídico socioeconômico: a penalização, pela ocultação, daquele que interveio no crime prévio</i>	169
4.2.3. <i>O problema da (a)tipicidade de pequenos ou isolados atos de dissimulação</i>	174

<i>4.2.3.1. Delitos de perigo e princípio da lesividade</i>	175
<i>4.2.3.2. A exclusão da punibilidade para pequenos atos de ocultação</i>	179
<i>4.2.3.3. Uma saída objetiva: a utilização de parâmetros quantitativos</i>	184
CONCLUSÃO	188
BIBLIOGRAFIA	192
ANEXO 1	200
ANEXO 2	202
ANEXO 3	204
ANEXO 4	207
ANEXO 5	211
ANEXO 6	213
ANEXO 7	217
ANEXO 8	219
ANEXO 9	220
ANEXO 10	222

INTRODUÇÃO

Tem-se dito, com frequência, que a sociedade contemporânea ostenta dois atributos: é global e, ao mesmo tempo, de risco.

Global, porque as fronteiras dos Estados inegavelmente se enfraquecem diante do poder dos grandes grupos econômicos criados pelo modelo de produção pós-industrial, o qual exige a fabricação contínua de bens cada vez mais perecíveis para um mercado sempre crescente. Global, também, porque a comunicação de fatos relevantes do ponto de vista econômico, ambiental, jurídico e político, por meio da televisão e, principalmente, pela *internet*, nunca foi tão fácil e rápida a ponto de atingir o mundo inteiro, ao mesmo tempo, em linguagem universal. Global, por fim, porque o sistema financeiro, que impulsiona o mercado de capitais e a economia em geral, nunca foi tão abrangente, dinâmico, volátil.

De risco, porque a produção das riquezas, em larga escala e para um mercado globalizado, traz consigo a produção de perigos constantes para o sistema econômico e para a própria subsistência da humanidade. Os grandes perigos, nos modelos de produção anteriores, eram reservados a episódios isolados como catástrofes naturais, grandes guerras ou epidemias. Hoje, a própria atividade humana apresenta significativa periculosidade, principalmente no âmbito econômico e ambiental. Além disso, os efeitos das atividades humanas perigosas, que antes eram sentidos pontualmente e apenas pela parte menos abastada da população, atualmente podem ser percebidos por toda e qualquer pessoa, e em ambientes geográficos muito distintos daqueles em que a atividade foi praticada.

Tudo isso dá origem ao “paradoxo do risco”: de um lado, tem-se a evidente necessidade de evitar riscos globais (econômicos e ambientais, principalmente) de grande envergadura; de outro, observa-se que a sociedade

globalizada de risco depende de atividades socialmente perigosas para manter-se e reproduzir-se, bem como para sustentar seu meio de produção capitalista pós-industrial. Mencionado paradoxo é responsável pelo interesse coletivo na neutralização dos grandes perigos sociais, impondo ao direito penal uma lógica administrativista. Os crimes, que antes agrediam, em regra, um bem jurídico individual a ponto de destruí-lo em alguns casos, agora muitas vezes são vistos como condutas aptas a, no máximo, colocar em risco potencial um determinado bem jurídico coletivo. Em nome da gestão dos grandes riscos globais, a aplicação da sanção criminal passa a ser antecipada para estágios muito anteriores à efetiva agressão do bem jurídico.

Os delitos de real lesão, cujas consequências eram facilmente verificadas, agora dão lugar a infrações penais de perigo abstrato ou de acumulação contra bens jurídicos supraindividuais (econômicos ou ambientais, principalmente) que muitas vezes não produzem consequência externa relevante na ótica da maioria da população. Pode-se dizer, por isso, que o direito penal contemporâneo é um direito penal de crimes invisíveis.

O presente trabalho presta-se a analisar o movimento de gestão penal de riscos globais por meio da análise de um crime em especial, a lavagem de dinheiro, que se encaixa com perfeição no contexto aqui apresentado.

Com efeito, trata-se de um delito que ostenta caráter transnacional e, em regra, conta com a participação de agentes que pertencem à camada mais abastada da população. Em outras palavras, a dissimulação de dinheiro apresenta-se como um dos “*crimes of the powerful*”, marcantes na criminalidade contemporânea.

Da mesma forma, a ocultação de bens respeita a uma lógica global de repressão. Em torno desse tema, aproximam-se sistemas tão distintos quanto o romano germânico e o da *common law*, principalmente por meio de tratados internacionais que há mais de 30 anos praticamente uniformizam as legislações penais nacionais no combate a esse delito.

Por fim, a lavagem de dinheiro configura uma modalidade típica que visa a proteger um bem jurídico supraindividual de difícil concretização (um dos “novos interesses sociais”), e ao nível do perigo – e não da efetiva lesão. Na tipificação dessa conduta, segue-se, nitidamente, a mentalidade da administrativização do direito penal, que tem admitido a imposição de graves sanções a atos que, isoladamente, não oferecem nenhum perigo concreto ao valor socialmente valioso

que se quer proteger.

No presente estudo, o fenômeno mundial da incriminação dessa conduta será examinado à luz do princípio da proteção de bens jurídicos. Acreditamos que somente dessa forma é que se poderá, ao final, propor uma correta e restritiva interpretação do correspondente tipo penal de perigo – que no Brasil chega a cominar penas máximas superiores a 10 anos de reclusão.

Partir-se-á, no primeiro capítulo, de um estudo acerca do próprio conceito de bem jurídico – o único capaz de oferecer ao Direito penal uma definição material de crime compatível com Estados Democráticos de Direito. Traçadas as linhas gerais e históricas desse elemento, ao final se examinará se o Direito penal da sociedade globalizada de riscos continua – ou deve continuar – sendo um direito penal de bens jurídicos.

Sabe-se que várias têm sido as soluções apresentadas pela doutrina para tratar dos novos problemas penais. Para o enfrentamento das novas questões e da tutela dos bens jurídicos supraindividuais, chega-se a abandonar o conceito de bem jurídico em nome de um direito penal de riscos que seja eficaz a qualquer custo. Nesse sentido são as propostas de Luis GRACIA MARTÍN, Günter STRATENWERTH e Günther JAKOBS.

No outro extremo, veem-se propostas como aquelas apresentadas por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ e pelos autores da “Escola de Frankfurt”, que rechaçam toda e qualquer penalização de condutas meramente perigosas.

Como um viável meio termo, encontra-se o funcionalismo teleológico, que continua a enxergar como única função do Direito penal – mesmo na sociedade globalizada de risco – a proteção de bens jurídicos individuais ou coletivos indispensáveis à vida em sociedade, mas que admite certas matizações que evitem que essa seara jurídica se torne inócua na proteção dos legítimos novos interesses sociais.

O fim do primeiro capítulo obrigará a uma tomada de posição para que se possa prosseguir no estudo aqui proposto.

O segundo capítulo do trabalho serve para delinear a criminalização mundial da lavagem de dinheiro. Como se verá, a concepção segundo a qual o problema da ocultação de bens é global fez com que a comunidade internacional caminhasse rumo a uma solução também transnacional. É assim que países de tradições jurídicas tão distintas como os Estados Unidos da América e a Alemanha,

por exemplo, venham a apresentar soluções legislativas tão parecidas para o enfrentamento do tema. Tudo isso decorre dos inúmeros tratados internacionais assinados pela comunidade internacional, desde o fim da década de 1980, para uniformizar o combate internacional dessa espécie delitiva.

Ao final do segundo capítulo tratar-se-á da Lei n. 9.613/98, que introduziu no ordenamento jurídico pátrio a incriminação da lavagem de dinheiro e instituiu organismos de controle de operações financeiras, tudo no intuito de cumprir com as obrigações assumidas com a adesão aos compromissos internacionais, derivados principalmente da Convenção de Viena, de 1988.

O terceiro capítulo será dedicado à específica análise do bem jurídico tutelado pelo tipo de ocultação de dinheiro. A esse respeito, a doutrina tem apresentado, ainda hoje (mais de 30 anos depois dos primeiros movimentos de criminalização), flagrantes dissonâncias.

Um primeiro grupo atesta não haver nenhum interesse socialmente relevante na criminalização da lavagem de dinheiro como crime independente, até porque a dissimulação de capitais faria incidir tributos sobre montantes que, não fosse a lavagem de dinheiro, continuariam na clandestinidade. Sob esse primeiro ponto de vista, então, o crime em questão encerraria conduta que, ironicamente, deveria ser até mesmo estimulada pelos poderes públicos.

Um segundo modo de pensar diz que a lavagem de dinheiro não ostenta um bem jurídico próprio, mas sim contribui para a agressão do mesmo bem já atacado pelo delito prévio – tal como uma espécie de receptação.

A terceira concepção acerca do assunto fala da lavagem de dinheiro como crime que agride a administração da justiça, aproximando-a do favorecimento real.

Por fim, uma quarta linha de pensamento enxerga na dissimulação de bens um delito contra a higidez da ordem socioeconômica em geral ou contra alguma de suas manifestações, como a licitude do tráfico de bens no mercado.

A importância prática da conclusão acerca do bem jurídico do crime em questão é evidente. Conforme se verá, a correta interpretação do tipo e a definição do seu alcance dependem diretamente dessa escolha.

Com base nas conclusões parciais acerca do bem jurídico, empreende-se no quarto capítulo uma análise da lavagem de dinheiro como delito socioeconômico.

Em primeiro lugar, essa espécie delitiva será analisada à luz das

características gerais dos delitos econômicos, momento em que serão retiradas as primeiras consequências práticas daí decorrentes.

Num segundo momento, analisaremos um aspecto bastante controverso na doutrina, o qual se liga diretamente à escolha do bem jurídico tutelado pelo tipo em questão: a imposição de pena, pela ocultação de bens, ao autor do delito prévio quando este pratica alguma das condutas previstas na Lei de lavagem de dinheiro.

Por fim, será examinada a legitimidade, ou não, da imposição das graves penas cominadas à lavagem de dinheiro a atos pequenos, simples, isolados, não profissionais de ocultação de bens oriundos de crimes.

CAPÍTULO 1: A PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS E A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL

1.1. A tutela de bens jurídicos como função do Direito penal

A discussão acerca do que possa ser considerado comportamento criminoso para fins de incidência da norma penal e de suas consequências – mais precisamente, a sanção penal – acompanha o Direito criminal há muito tempo. Várias já foram as concepções a esse respeito, todas elas condizentes com as ideologias filosóficas e penais de seu tempo.

A definição do conceito material de crime, mais que mero recurso de interpretação da norma penal, é de fundamental importância para que se fixem as funções próprias do Direito criminal e, assim, delimitem-se as fronteiras do poder punitivo estatal e de sua legitimidade¹. Afinal, é dessa definição que depende o alargamento ou o encolhimento do poder de punir.

1.1.1. O conceito material de crime e a noção de bem jurídico

Jorge de FIGUEIREDO DIAS² destaca que, de acordo com a teoria penal ocidental, pelo menos quatro já foram as formas de pensar o conceito material de crime (definido como aquele comportamento que pode ser sancionado penalmente), sem que necessariamente uma tenha se sobreposto às outras em termos

¹ A definição do conceito material de crime, ou seja, de condutas que façam incidir a sanção criminal, é fundamental para a própria justiça do sistema penal. Afinal, como bem, salienta Claus ROXIN, “de nada adiantam uma teoria do delito cuidadosamente desenvolvida e um processo penal bastante garantista se o cidadão é punido por um comportamento que, a rigor, não deveria ser punível”. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito penal*. p. 31.

² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de Direito penal revisitadas*. p. 54.

cronológicos.

A primeira pode ser denominada de perspectiva positivista-legalista, segundo a qual o conceito de crime é atrelado apenas à ideia de uma conduta prevista como tal pelo poder legislativo. De acordo com essa concepção bastante simplista, própria do positivismo jurídico de século XIX, o comportamento merecedor de pena seria aquele que correspondesse àquilo que havia sido assim rotulado (tipificado) pelo legislador. É fácil notar que, nesse contexto, identificavam-se por completo os conceitos formal e material de crime: delito era (ou poderia ser) tudo aquilo que o legislador dissesse ser.

Para o autor português, essa concepção não se presta para especificar o conceito material de crime, uma vez que não é capaz de conferir limites ao poder punitivo estatal. Essa forma de pensar possibilita que toda e qualquer conduta possa ser criminalizada, bastando a simples vontade do legislador, que pode, inclusive, fazer uso do Direito penal para guiar a trajetória da sociedade de acordo com programas ideológicos (ou até religiosos) de governo.

Parece óbvio que a questão não pode se limitar aos contornos meramente formais e legais. Afinal, quando se questiona acerca do conceito material de crime, o que se quer é buscar a legitimação material do próprio Direito penal, suas funções e seus limites. O conceito material deve corresponder aos fundamentos do Direito estatal de prever comportamentos punidos pela sanção penal – a mais grave dentre todas as penalidades à disposição do Estado³.

Uma segunda teoria a respeito do conceito material de crime é a positivista-sociológica, segundo a qual *“o que importaria seria divisar, atrás da multiplicidade das manifestações legais do crime, aquilo que em termos de objetividade e universalidade pudesse, à luz da realidade social, ser como tal considerado”*⁴.

Seguindo os ideais positivistas, procurou-se, por meio dessa teoria, estabelecer características naturais e gerais que pudessem ser consideradas comuns a toda e qualquer conduta definível como criminosa. É assim que, por exemplo, GAROFALO dizia que *“o crime deveria corresponder à violação de*

³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Op. cit.* p. 54-55. É por essas razões que o professor português diz que “todos os esforços para erigir, em vez do conceito jurídico de crime (que seria o conceito legal-formal), um conceito criminológico de crime – o comportamento desviante – não representam senão fases da tentativa de construção de um conceito material de crime”. *Idem.* p. 56.

⁴ *Idem.* *Ibidem.*

sentimentos altruísticos fundamentais: a piedade, que constituiria o sentimento geral violado pelos crimes contra as pessoas, e a probidade, sentimento violado pelos crimes contra o patrimônio". Dessa forma seria constituída a noção de delito natural, que seria igual para todos os povos de idêntica raça e civilização, e teria como fator comum o fato de basear-se em uma conduta socialmente danosa⁵.

Essa foi a primeira tentativa de superação do positivismo legalista. Pela primeira vez procurou-se um conceito pré-legal de crime que, como tal, teria viabilidade para constituir aquele padrão crítico do Direito vigente e do Direito a construir sem o qual o conceito material de crime torna-se imprestável e deve ser rejeitado. Mas, apesar do reconhecido avanço que tal concepção trouxe à ideia de conceito material de crime, há críticas possíveis que podem se levantar contra essa forma de pensar.

Isso se deve, principalmente, pela sua imprecisão. A vagueza dos conceitos de danosidade e ofensividade, centrais para essa perspectiva, ainda mantém uma larga possibilidade de criminalização de toda e qualquer conduta, prejudicando assim o estabelecimento dos limites para a criminalização.

É certo que há de haver critérios mais rígidos para a configuração do conceito material de delito, até porque não parece correto que todo comportamento socialmente danoso deva ser considerado crime. Para verificar essa constatação, basta pensar em exemplos como atos grosseiros cometidos por falta de educação, condutas desleais, ou mentiras consideradas socialmente danosas⁶.

A terceira concepção que se pode citar é a perspectiva moral (ético)-social, preconizada principalmente pelo pai do finalismo penal, Hans WELZEL. Para esta perspectiva o crime teria como característica central o fato de ser uma violação

⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Op. cit.* p. 56. Para exemplificar mais algumas das construções teóricas que se encaixam nesta concepção, continua o autor português: "Na mesma linha se poderia referir, de resto, a construção posterior de Durkheim, que todavia, começando por determinar os sentimentos cuja violação constituiria o crime não em termos de comunidade civilizacional, mas nos parâmetros mais circunscritos de uma formação sociela concreta, politicamente organizada, acabava por abandonar a tentativa de determinação material dos sentimentos violados e por optar por uma sua caracterização formal: serem comuns à consciência coletiva, fortes e precisos. A única característica comum a todos os crimes residiria assim no fato de 'constituírem atos universalmente reprovados pelos membros de cada sociedade'. Neste contexto ainda, e de uma forma que se tornou paradigmática, afirmou v. Liszt: 'Crime é a agressão, tida na perspectiva do legislador como especialmente danosa para uma dada ordenação social, a interesses juridicamente protegidos, pelo lado da perigosidade social revelada em tal agressão por uma personalidade responsável'". Idem. p. 57.

⁶ Idem. p. 58-59.

a deveres ético-sociais elementares de uma dada sociedade⁷.

As críticas a essa forma de pensar não são menores do que as dirigidas às correntes anteriores. Afinal, é certo que não cabe ao Direito penal proteger virtudes ou valores morais. O Direito, e principalmente o Direito penal, não tem a capacidade de direcionar valores individuais, próprios da liberdade de consciência de cada indivíduo. É por esta razão que *“instâncias legitimadas para castigo do pecado e da imoralidade só podem ser, respectivamente, a divindade e a consciência individual”*⁸.

Aliás, desde Thomas HOBBS⁹ já se sabe que não são conexos os conceitos de crime e pecado, este último, sim, um conceito altamente ligado às ideias de moral e bons costumes – elementos internos e inerentes ao livre pensar de cada um.

Resta, portanto, analisar o conceito material de crime sob um quarto viés: a perspectiva racional, segundo a qual o Direito penal ostenta a função de tutela subsidiária de bens jurídicos dotados de dignidade penal (bens jurídico-penais). Para essa corrente de pensamento, hoje já bastante difundida, o conceito de crime leva em conta (ou, ao pelo menos, deve levar) a agressão a um bem jurídico com dignidade penal, não se confundindo, assim, com a simples subsunção do fato ao tipo (qualquer tipo), nem com atitudes meramente imorais ou indesejadas do ponto de vista ideológico ou religioso.

A criação do conceito de bem jurídico é atribuída ao alemão Johann BIRNBAUM, no ano de 1834. A doutrina em geral afirma que essa noção *“visava a abranger um conjunto de substratos, de conteúdo eminentemente liberal, que oferecessem base suficiente à punibilidade dos comportamentos que os*

⁷ “Paradigmática, a este respeito, é a lição de Welzel, para quem a ‘tarefa central’ do Direito penal residiria em ‘assegurar a validade dos valores ético-sociais positivos de ação’; ‘a tarefa primária do Direito penal’ – escreveu ele logo em 1947 – ‘consiste na proteção dos valores elementares de consciência, de caráter ético-social, e só por inclusão na proteção dos bens jurídicos particulares’; ‘missão do Direito penal é a proteção dos bens jurídicos mediante a proteção dos elementares valores de ação ético-sociais’”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Op. cit.* p. 59.

⁸ Idem. p. 60.

⁹ Ao conectar umbilicalmente os termos “crime” e “Lei”, Hobbes, corajosamente, ousa laicizar o Direito penal já no século XVII. O crime, a partir deste importante autor clássico, passa a não poder ser mais confundido com a ideia de pecado ou ato imoral. Crime é algo próprio de uma relação entre súdito e Estado, enquanto que o pecado surge de uma relação do homem para com Deus: “Por feito ou por palavra, um crime é um pecado que consiste em cometer um ato que a Lei proíbe ou em omitir um ato que a Lei ordena. Dessa forma, todo crime é um pecado, mas nem todo pecado é um crime”. HOBBS, Thomas. *Leviatã*. p. 247.

ofendessem”¹⁰. Com a criação desse conceito, o Direito penal poderia voltar suas atenções, apenas e fundamentalmente, para a tutela de valores humanos muito mais palpáveis do que aqueles preconizados pelas perspectivas anteriormente expostas.

A partir desse conceito de BIRNBAUM o crime passa a poder ser considerado como algo mais que um simples fato passível de submissão à Lei, ou que a mera agressão a valores éticos ou morais. O conceito de bem jurídico funciona como essencial ferramenta para a limitação do poder punitivo do Estado.

Desde aquele longínquo ano de 1834, várias foram as contribuições doutrinárias para que o conceito de bem jurídico chegasse a se revestir das características que hoje lhe são conferidas¹¹. Algumas dessas influências chegaram a enfraquecer o seu conteúdo, fazendo com que o bem jurídico fosse reduzido, em algumas épocas, a um simples instrumento de interpretação da Lei penal¹², o que por certo deve ser rejeitado¹³.

Hoje o conceito de bem jurídico ocupa lugar central no Direito penal do ocidente, apesar das críticas formuladas por parte da doutrina¹⁴. Por essa razão,

¹⁰ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Op. cit.* p. 63. E continua o mesmo autor: “assim se compreendendo que a noção tenha primeiramente assumido um conteúdo individualista, identificador do bem jurídico com os interesses primordiais do indivíduo na sociedade, nomeadamente a sua vida, o seu corpo, a sua liberdade e o seu patrimônio. Daqui até a identificação tendencial da noção de bem jurídico com a dos Direitos subjetivos fundamentais do indivíduo (...)”. Idem. *Ibidem*. No mesmo sentido, SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e engenharia genética humana*. p. 42- 54.

¹¹ Sobre o histórico completo do conceito de bem jurídico, v. SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Op. cit.* p. 42-109.

¹² “(...) uma mudança decidida na compreensão do conceito teve lugar a partir da segunda década do nosso século com o chamado conceito metodológico do bem jurídico de raiz exasperadamente normativista, ligada aos pressupostos neokantianos próprios da chamada Escola jurídica sul-occidental alemã ou Escola de Baden (de Windelband, de Rickert, de Lask). Reagindo decididamente contra a compreensão legalista e positivista do Direito, e acentuando nele a vertente teleológica imposta pela especificidade do mundo jurídico como entreposto entre os mundos do ser e do dever ser e, por isso, como entidade referencial da realidade a específicos valores jurídicos, esta concepção faz dos bens jurídicos meras fórmulas interpretativas dos tipos legais de crime, capazes de resumir compreensivamente o seu conteúdo e de exprimir ‘o sentido e o fim dos preceitos penais singulares’ (Honig), meras ‘abreviaturas do pensamento teleológico’ que os penetra (Grunhut), em suma, expressões da *ratio legis* que lhes preside (Schinge)”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Op. cit.* p. 63-64.

¹³ “Uma tal compreensão do bem jurídico deve hoje ser rejeitada em absoluto. Com ela, na verdade, o conceito, ao se tornar intrassistemático, perde completamente – contra os seus melhores propósitos – a ligação a qualquer teleologia político-criminal e deixa de poder ser visto como padrão crítico de aferição da legitimidade da criminalização; perde, numa palavra, todo o seu interesse para a determinação do conceito material de crime. O legislador, ao editar um preceito, tem sempre com ele em vista a tradução de um sentido e a obtenção de uma finalidade quaisquer; pelo que com a mera existência do preceito ficaria dada, *eo ipso*, a existência de um bem jurídico. a atribuição ao bem jurídico de uma função puramente hermenêutica significaria sempre, deste modo, o seu esvaziamento de conteúdo e a sua transformação num conceito legal-formal que nada adianta face à fórmula conhecida (e respeitável) da interpretação teleológica da norma”. Idem. p. 64.

¹⁴ Conforme ficará claro em tópicos posteriores.

antes de prosseguir com o presente estudo, caberá esclarecer o conteúdo mínimo do termo aqui examinado.

1.1.2. O conteúdo do termo bem jurídico

Concorda-se com Claus ROXIN quando este autor assevera que “os limites da faculdade estatal de punir só podem resultar da finalidade que tem o Direito penal no âmbito do ordenamento estatal”¹⁵. E, mais ainda, quando declina que “o Direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível através de outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”¹⁶.

Uma vez que a Lei penal impõe graves limitações à liberdade de agir, conclui-se que não se pode proibir mais do que seja necessário para que se alcance uma coexistência livre e pacífica em sociedade, bem como a livre realização do homem. É por essa razão que a finalidade do Direito penal (garantia da livre e pacífica convivência) está condicionada a um pressuposto limitador: a pena só pode ser cominada a condutas que prejudiquem ou impeçam este desiderato, e só quando for impossível obter esse fim através de outras medidas menos gravosas do que as sanções de natureza criminal¹⁷. As condutas que impedem a livre convivência e a realização do cidadão na sociedade são, precisamente, condutas que agredem ou põem em risco bens jurídicos¹⁸ e, portanto, produzem danos sociais reprimíveis por meio do Direito penal. Daí a centralidade deste conceito para legitimar o poder punitivo do Estado.

Ocorre que a simples utilização do conceito de bem jurídico não é capaz, por si só, de limitar o Direito penal. Isso porque se o conceito for demasiadamente aberto, ampla será a capacidade punitiva estatal, o que esvaziará o termo de qualquer importância sob o viés político-criminal¹⁹. Cabe, portanto, delinear os

¹⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito penal*. p. 32.

¹⁶ Idem. Ibidem.

¹⁷ Nas palavras de ROXIN, “o Direito penal é desnecessário quando se pode garantir a segurança e a paz jurídica através do Direito civil, de uma proibição de Direito administrativo ou de medidas preventivas extrajurídicas”. Idem. p. 33.

¹⁸ Idem. p. 34.

¹⁹ Neste sentido, a crítica à vagueza do termo, formulada por Enrique BACIGALUPO: “A teoria do bem jurídico, entretanto, não tem em si mesma a possibilidade de limitar o uso do Direito penal somente à proteção de bens jurídicos. Em todo caso, na medida em que praticamente todo interesse, toda finalidade ou qualquer função do sistema social por deconderar-se um bem jurídico, a capacidade limitadora do conceito de bem jurídico é, na verdade, nula. Mais ainda, as limitações do

contornos dessa definição para que ela cumpra seu papel²⁰.

Com isso, quer-se dizer que definições gerais e resumidas dadas pela doutrina – tais como a de Claus ROXIN, que conceitua os bens jurídicos como “*realidades ou fins que são necessários para uma vida social livre e segura que garanta os Direitos humanos e fundamentais do indivíduo, ou para o funcionamento do sistema estatal erigido para a consecução de tal fim*”²¹ – não são suficientes para aferir o real significado deste elemento.

Em verdade, este mesmo autor, reconhecendo isso, propõe – de forma positiva ou negativa – critérios objetivos para que o conceito ostente um mínimo de concretude. O bem jurídico deve ser deduzido das finalidades político-criminais do Direito penal, de modo que a proteção dos Direitos humanos fundamentais e de liberdade deva ser nele integrada. Nesta linha, afirma ROXIN²² que:

a. A descrição da finalidade da Lei não basta para fundamentar um bem jurídico que legitime um tipo penal, com o que se conclui que o bem jurídico não se confunde com os motivos que levaram o poder legislativo a tipificar determinada conduta. A identificação do bem jurídico com a *ratio legis* é inadequada e não revela

ius puniendi não surgem da redução do conceito de delito à proteção de bens jurídicos no sentido da teoria exposta, senão dos *valores superiores do ordenamento jurídico* que estabelece o art. 1 da Constituição Espanhola (CE): a dignidade da pessoa, os Direitos individuais invioláveis que são inerentes e o livre desenvolvimento da personalidade”. BACIGALUPO, Enrique. *Direito penal*. Parte Geral. p. 35.

²⁰ É o que, em outras palavras, explica Luís GRECO com a diferenciação entre a perspectiva dogmática e político-criminal do bem jurídico: “De uma *perspectiva dogmática*, toda norma terá seu bem jurídico. o crime de casa de prostituição, por exemplo, (CP, art. 229) terá por bem jurídico ‘a moralidade sexual’, a bigamia (CP art. 235) o ‘interesse do Estado em proteger a organização jurídica matrimonial, consistente no princípio monogâmico’. Alguns autores consideravam que a revogada incriminação do homossexualismo, na legislação alemã, protegia o bem jurídico ‘interesse social na normalidade da vida sexual’. Quanto a esse conceito, não há qualquer dúvida ou problema. Ele nada mais é que o interesse protegido por determinada norma, e onde houver uma norma, haverá um tal interesse. Mas quando discutimos os limites do poder legal de incriminar, não é esse o conceito de bem jurídico que nos interessa. Afinal, este conceito está à completa disposição do legislador. com base neste conceito, só se poderá dizer se algo é um bem jurídico se o legislador assim houver decidido. O que precisamos saber é se é possível trabalhar com um conceito não mais dogmático, e sim *político-criminal* de bem jurídico; noutras palavras, se se pode esperar do conceito de bem jurídico alguma eficácia no sentido de limitar o poder de punir do Estado”. GRECO, Luís. “*Princípio da ofensividade*” e *crimes de perigo abstrato*. p. 92-93.

²¹ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* p. 448. Em sentido bastante parecido, Jorge de FIGUEIREDO DIAS afirma que bens jurídicos são como “a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido [pelo Direito penal] como valioso”. *Direito Penal*. Parte geral. p. 114. E Hans-Heinrich JESCHECK: “El derecho penal tiene como finalidad la protección de bienes jurídicos. Todas las normas jurídico-penales están basadas en un juicio de valor positivo sobre bienes vitales que son imprescindibles para la convivencia de las personas en la comunidad y que, por ello, deben ser protegidos a través de la coacción estatal mediante el recurso a la pena pública”. JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal*. Parte general. p. 2-3.

²² ROXIN, Claus. *Estudos de Direito penal*. p. 36-53.

qualquer função limitadora da pena, pois traz consigo o retrocesso à concepção positivista-legalista estudada no ponto 1.1.1. Se o bem jurídico se confundisse com a vontade do legislador, estaria aberta a possibilidade de criminalização de toda e qualquer conduta.

b. Imoralidade, contrariedade à ética e mera reprovabilidade de um comportamento não bastam para legitimar uma proibição penal, pois comportamentos deste tipo não afetam as condições de realização e convivência pacífica do homem em sociedade, nem as condições de funcionamento do sistema estatal. Em verdade, questões morais dizem respeito simplesmente à esfera privada do cidadão e, portanto, devem ser imunes ao Direito penal²³.

c. A violação da própria dignidade humana ou da “natureza do homem” não é razão suficiente para a punição. Com isso, o autor quer dizer que a dignidade humana só pode ser fundamento para a o Direito penal quando se trate de evitar lesões *a outros*: impedir que as pessoas se despojem da própria dignidade não é problema do Direito penal.

d. A autolesão consciente (ou a autoexposição a risco, de acordo com a expressão utilizada pela doutrina da imputação objetiva), assim como a sua promoção, não legitima uma proibição penal²⁴.

e. Normas penais preponderantemente simbólicas devem ser recusadas, pois não visam à proteção de bens jurídicos, mas meramente ao direcionamento da sociedade para ideologias governistas, ou simplesmente à exposição de “disposições de ânimo”. Neste sentido, por exemplo, é o tipo penal alemão incriminador da negação do holocausto que, segundo ROXIN, não alberga nenhum bem jurídico socialmente relevante.

f. Tipos penais não podem ser fundados sobre bens jurídicos de abstração impalpável. Quando não seja possível pensar em algo de concreto que possa ser protegido pelo tipo penal, a norma incriminadora perde sua legitimidade. Bens jurídicos não são abstrações destituídas de qualquer concretude, mas realidades indispensáveis para a convivência pacífica em sociedade, em um

²³ Daí se retira que não é dado ao Direito penal proibir condutas meramente antiéticas (o homossexualismo ou ideologias políticas ou religiosas diferentes das dominantes, por exemplo), pois comportamentos dessa natureza não perturbam nem colocam em perigo a convivência em sociedade. Em outras palavras, os hipotéticos valores sociais agredidos por meio de condutas deste tipo não se erigem à categoria de bens jurídicos para fins de incidência da sanção penal.

²⁴ Este é, por exemplo, um dos argumentos que podem ser levantados como objeção à criminalização do uso de drogas.

determinado Estado. É neste sentido que os termos “paz pública” ou “saúde pública” não encerram verdadeiros bens jurídicos. São termos tão vagos que não podem fundamentar qualquer proibição penal.

É claro que as linhas gerais aqui expostas não conferem ao conceito de bem jurídico uma concretude absoluta a ponto de servir ao legislador como um parâmetro fechado para a criminalização ou descriminalização de condutas. Nesse sentido, porém, o próprio Claus ROXIN assevera que

“poderia alargar a minha lista e aumentar os exemplos; sem embargo, parece-me que a concisa exposição anterior mostra que o conceito de bem jurídico que defendo aporta perfeitamente regras aptas para a restrição da punibilidade. Com toda segurança, pode-se divergir sobre uma ou outra de minhas posições, mas é indiscutível que a punibilidade, em todos os tipos penais anteriormente mencionados, é problemática há muito tempo, e todas as argumentações relevantes para a decisão estão influenciadas, explícita ou implicitamente, pelo princípio de proteção de bens jurídicos. Este princípio, como esbocei aqui, serve-me, antes de tudo, como linha diretriz político-criminal para o legislador, como arsenal de indicações para a configuração de um Direito Penal liberal e de Estado de Direito”.²⁵

Ademais, o conteúdo do termo bem jurídico, por óbvio, é suscetível de alterações de acordo com as mudanças sociais. Assim, levando-se em conta que bens jurídicos são realidades sociais imprescindíveis para a realização do homem numa determinada sociedade, conclui-se que sua concepção num Estado liberal será claramente diversa daquela que o termo ostentará num Estado de caráter social. Mudando-se a perspectiva da sociedade, mudar-se-á, também, o conteúdo do termo.

O próprio Claus ROXIN, num certo momento, afirmou que a função do Direito penal era a proteção (1) de bens jurídicos e (2) das “*prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado*”²⁶, diferenciando um conceito do outro. Mas, em suas manifestações mais

²⁵ ROXIN, Claus. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. p. 26.

²⁶ “(...) em cada situação histórica e social de um grupo humano os pressupostos imprescindíveis para uma existência em comum se concretizam numa série de condições valiosas como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação ou a propriedade, as quais todo mundo conhece; numa palavra os chamados bens jurídicos; e o Direito penal tem que assegurar esses bens jurídicos, punindo a sua violação em determinadas condições. No Estado Moderno, junto a esta proteção de bens jurídicos previamente dados, surge a necessidade de assegurar, se necessário através dos meios do Direito penal, o cumprimento das prestações de caráter público de que depende o indivíduo no quadro da assistência social por parte do Estado. Com esta dupla função, o Direito penal realiza uma das mais importantes das numerosas tarefas do Estado, na medida em que apenas a proteção dos bens jurídicos constitutivos da sociedade e a garantia das prestações públicas necessárias para a existência possibilitam ao cidadão o livre desenvolvimento da sua personalidade,

recentes, esse autor não mais opera tal diferenciação por ter concluído que as referidas prestações estatais integram o conceito dos bens jurídicos nos modelos de Estados sociais da contemporaneidade²⁷.

E é assim que o professor alemão, hoje, afirma que seu ponto de partida continua sendo que os limites das faculdades de intervenção penal devem extrair-se da função social do Direito penal, de modo que tudo que vá além não pode ser objeto desta seara do Direito.

As normas penais só podem perseguir a finalidade de assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica, garantindo o respeito aos Direitos humanos, que num Estado social não se resumem aos Direitos individuais (propriedade, vida, integridade física, honra, etc.). Por essa razão, o Estado, se preciso por meio do Direito penal, deve garantir não só as condições individuais necessárias para a coexistência pacífica dos homens em sociedade, senão também as instituições estatais imprescindíveis a este fim, como a administração da justiça ou o sistema monetário.

Segundo esta linha, bens jurídicos devem ser entendidos como entidades reais (ímmunes a qualquer abstração que lhe esvazie o significado), mas não têm por que ter realidade material. Podem, inclusive, ser criados pelo legislador (como a ordem tributária, por exemplo), e visar, também, à manutenção e garantia das prestações estatais – os Direitos sociais²⁸.

Por fim, cabe registrar que não se ignora que a concepção de bem jurídico como objeto exclusivo de tutela do Direito penal recebe críticas severas de uma parte significativa da doutrina penal²⁹. Estas críticas, indubitavelmente dignas

que a nossa Constituição considera como pressuposto de uma condição digna”. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. p. 27-28.

²⁷ “Já Roxin, num certo estágio de evolução do seu pensamento, se julgava obrigado a pôr ao lado dos bens jurídicos, como objeto legítimo de tutela penal, as prestações necessárias à existência, típicas do estado Providência; para, nos seus tratamentos teóricos mais recentes, contudo, não mais as autonomizar. Não, certamente, por desta forma intentar agora diminuir o seu eminente significado social e o relevo da sua proteção jurídica; mas provavelmente por ter se dado conta que tais ‘prestensões’ são susceptíveis de conformar autênticos bens jurídicos (e, na verdade, jurídico-penais) na acepção que aqui deixei caracterizada”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. p. 73.

²⁸ ROXIN, Claus. *¿Es La protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* p. 447-448.

²⁹ Neste sentido, por exemplo, ROXIN adverte que HIRSCH nega que o conceito de bem jurídico possa, de alguma forma, oferecer limites ao poder de punir. Para este autor, tais limites seriam encontrados, em verdade, nos princípios constitucionais da proporcionalidade e da subsidiariedade, aduzindo que a “*legitimidade da incriminação só deixa de existir naqueles âmbitos de conduta que não oferecem motivo algum para sua omissão*”. Sendo este o pensamento de HIRSCH, ROXIN adverte de maneira interessante que “se se interpreta esta peculiar formulação no sentido de que não existe ‘motivo’ para a ‘omissão’ da conduta quando sua proibição não protege bens jurídicos”, a

de referência (tais como aquelas formuladas por JAKOBS e STRATENWERTH), serão objeto de análise específica mais adiante.

Todavia, apesar das objeções, acreditamos ser a “doutrina do bem jurídico” a única linha de pensamento que oferece um mínimo de segurança à limitação do poder punitivo estatal³⁰. Por esta razão, essa é a corrente doutrinária que propõe a idealização de um Direito penal condizente com Estados democráticos e constitucionais.

1.1.3. Bem jurídico e Constituição

Ainda que se parta dos critérios mencionados anteriormente para a fixação do conteúdo do termo “bem jurídico”, ainda resta uma questão importante a ser solucionada: *onde fundamentar, de onde extrair o conteúdo deste conceito tão importante?*

Da Leitura dos tópicos anteriores, vê-se que uma das maiores preocupações da doutrina é evitar exatamente vagueza do termo em debate. Daí, inclusive, é que surgem várias das críticas à utilidade deste conceito.

Para solucionar o problema, FIGUEIREDO DIAS³¹, para expor sua “concepção teleológico-funcional e racional” de bem jurídico, parte de três critérios centrais: (1) o bem jurídico deve traduzir certo conteúdo material, certa corporização³²; (2) o bem jurídico deve estar “fora do sistema” para que sirva de padrão crítico do Direito posto (positivado); (3) o bem jurídico deve ser orientado pela política criminal, bem como ser intrassistemático no que toca ao sistema social e *constitucional*.

concepção de HIRSCH acaba sendo perfeitamente compatível com esta aqui defendida. Neste sentido: ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* p. 455.

³⁰ Ainda que não forneça todos os subterfúgios necessários para a limitação do poder de punir, é certo que a teoria do bem jurídico oferece *algum* instrumental nesse sentido, o que já se mostra bastante relevante. É o que afirma, de forma veemente, Bernd SCHÜNEMANN: “É verdade que, em casos limite, não é fácil distinguir entre a lesão a exigências especiais de caráter religioso ou moral (que não são objeto legítimo do Direito penal) e uma agressão a seus pressupostos sociais básicos, mas apenas um estúpido poderia negar que tais dificuldades de determinação acompanham todos os passos de qualquer constituição imaginável – de modo que a semântica do princípio de proteção de bens jurídicos não fornece qualquer razão para que nele se veja um instrumento inidôneo para limitar a discricionariedade do legislador”. SCHÜNEMANN, Bernd. *O Direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!* – Sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de Direito liberal. p. 18.

³¹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. p. 64-65.

³² Com o que não se confunde com os tipos penais que pretende traduzir, nem com qualquer técnica de interpretação ou aplicação do Direito.

Os dois primeiros critérios, de certa forma, já foram comentados em linhas anteriores. A inovação, aqui, fica por conta da terceira ideia: o bem jurídico deve ter arrimo na Constituição. Para o professor português, uma mínima concretização do conceito – com a consequente limitação do poder de punir – só pode ser alcançada “quando se pensa que os bens do sistema social se transformam e se concretizam em bens jurídicos dignos de tutela penal (em bens jurídico-penais) através da ordenação axiológica jurídico-constitucional”³³. Com isso, conclui-se que o bem jurídico deve “preexistir” ao Direito penal. Precisa ser, antes, constitucional.

Isso significa dizer que a relação entre a ordem axiológica constitucional e a ordem legal (penal) deve ser de mútua referência. Não será – não precisará ser – de “identidade” nem de “recíproca cobertura”, mas sim de analogia material, “fundada numa essencial correspondência de sentido e de fins”³⁴.

Mas, mesmo que tal construção seja bastante convincente e, por isso, acabe sendo acatada por grande parte da doutrina, é certo que a “referência constitucional” leva a duas indagações daí consequentes, muito bem colocadas por Luís GRECO³⁵: (1) se a referência é constitucional, então o termo “bem jurídico” não se confunde com o conceito de “princípio constitucional”? (2) Todo e qualquer valor constitucionalmente albergado pode ser considerado digno de proteção penal?

Considerando-se a abrangência das matérias contidas nas Constituições analíticas (imprecisas e abertas por definição), como a brasileira de 1988, conclui-se que alguns valores constitucionalmente protegidos devem passar ao largo do Direito penal, a exemplo do que se depreende do seu artigo 242, parágrafo 2º.

Em resposta à primeira pergunta, então, conclui GRECO – e há que se concordar com ele – que o bem jurídico-penal,

³³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. p. 66.

³⁴ Idem. p. 67. E continua o mesmo autor: “Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do estado. É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo Direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos Direitos e deveres fundamentais. É por esta via – e só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se ‘transformam’ em *bens jurídicos dignos de tutela penal* ou com *dignidade jurídico-penal*. Idem. Ibidem. No mesmo sentido é o ensinamento de Luiz Regis PRADO: “(...) a noção de bem jurídico emerge dentro de certos parâmetros gerais de natureza constitucional, capazes de impor uma certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal. a tarefa legislativa há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica – expressa ou implícita – de bens jurídicos e a forma de sua garantia. Há, por assim dizer, uma limitação nomológica em relação à matéria. A linha reguladora constitucional de ordem hierarquicamente superior deve servir para impor contornos inequívocos ao Direito de punir”. PRADO. Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. p. 96-97.

³⁵ GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. p. 99 e seguintes.

“apesar de ter arrimo na Constituição – afinal, doutro modo, não poderia limitar o poder do legislador –, deve ser necessariamente mais restrito do que o conjunto dos valores constitucionais. Nem tudo que a Constituição acolhe em seu bojo pode ser objeto de tutela pelo Direito penal. a palavra chave aqui é o *princípio da subsidiariedade*, ou da *ultima ratio*, ou da intervenção mínima. Como o Direito penal dispõe de sanções especialmente graves, não basta uma afetação de qualquer interesse de caráter ínfimo para legitimar a intervenção penal (...). É necessário, muito mais, que o bem seja dotado de alguma relevância, de fundamental relevância, de relevância tamanha que se possa justificar a gravidade da sanção que a sua violação em regra acarreta. Daí porque precisamos de uma definição de bem jurídico mais restrita do que a mera referência a valores constitucionais”³⁶.

Ou seja, de acordo com a fragmentariedade³⁷ que deve ser conferida ao Direito penal, há que se destacar, dentre os valores e princípios constitucionais, aqueles que ostentam dignidade penal³⁸ para servirem de objeto de tutela por meio das mais graves sanções disponíveis ao poder estatal.

A resposta à segunda pergunta vem exatamente daí: a definição de bem jurídico deverá fazer referência a valores constitucionais, mas terá que vir da exclusão de alguma coisa neste sentido, pois os dois conceitos (de bens jurídicos e valores/princípios constitucionais) não se equivalem. Afinal, todo bem jurídico deverá encontrar correspondência na Constituição, mas nem tudo que está na Constituição merece tutela penal.

No pensar de GRECO, a resposta aqui almejada parte precisamente das seguintes indagações: para quem o bem deverá ter relevância? Para os indivíduos, para a coletividade ou para os dois?

Neste aspecto, entra em cena a discussão acerca da legitimidade dos bens jurídicos supraindividuais, que será mais bem abordada em tópico posterior

³⁶ Idem. p. 100-101.

³⁷ “Expressão de fragmentariedade porque a proteção penal não é indistinta e indiferenciada, mesmo quando nos debruçamos sobre um largo pedaço da realidade. Assim, o Direito penal não pode proteger toda a economia, todo o patrimônio, toda a saúde pública, toda a natureza. Ele tem de fragmentar essas grandes zonas do viver comunitário e eleger específicas relações que traduzam condutas humanas merecedoras de um juízo de desvalor”. FARIA COSTA, José Francisco de. *O Direito, a fragmentariedade e o nosso tempo*. p. 19.

³⁸ “Podemos, assim, definir a dignidade penal como a expressão de um juízo qualificado de intolerabilidade social, assente na valoração ético-social de uma conduta, na perspectiva de sua criminalização e punibilidade. No plano transistemático, a dignidade penal assegura eficácia ao mandamento constitucional de que só os bens jurídicos de eminente dignidade de tutela devem gozar de proteção penal. nesta medida e com este alcance, o conceito e o princípio da dignidade de tutela dão já guarida ao princípio constitucional de proporcionalidade. Em segundo lugar, e no plano axiológico-teleológico, o juízo de dignidade penal privilegia dois referentes materiais: a dignidade de tutela do bem jurídico e a potencial e gravosa danosidade social da conduta, enquanto lesão ou perigo para os bens jurídicos”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime*. p. 184.

deste trabalho. Existem três concepções básicas a este respeito. A primeira e dominante, conhecida como concepção dualista de bem jurídico³⁹, acredita que existem e são igualmente legítimos e admissíveis tanto os bens jurídicos individuais quanto aqueles de caráter coletivo, de modo que *“não se pode reduzir os bens jurídicos individuais à sua dimensão de interesse coletivo, nem vice-versa os bens jurídicos coletivos à sua dimensão de interesse individual”*⁴⁰. A segunda é a concepção monista-pessoal de bem jurídico, segundo a qual o ponto de partida são os interesses individuais: *“bens jurídicos da coletividade só podem ser reconhecidos na medida em que referíveis a interesses concretos”*⁴¹. Por fim, a terceira concepção, denominada *monista-estatal* ou *monista-coletivista*, preconiza o entendimento autoritário – e, por isso mesmo, muito rejeitado –, segundo o qual *“todos os bens jurídicos serão reflexo de um interesse do Estado ou da coletividade. Bens jurídicos individuais não seriam reconhecíveis enquanto tais, porque o indivíduo só seria protegido na medida em que isso interessasse ao Estado ou ao coletivo”*⁴².

Acreditamos que a corrente mais defensável, dentre as três aqui expostas, seja a segunda, para a qual bens jurídicos coletivos existem e são legítimos de acordo com o ordenamento Constitucional, mas precisam necessariamente ter como referente último bens jurídicos individuais.

De qualquer forma, ainda que GRECO conclua pela correção da primeira linha de pensamento, adota-se neste momento uma de suas conclusões, no sentido de que *“bens jurídicos são dados fundamentais para a realização pessoal dos indivíduos [bens jurídicos individuais] ou para a subsistência do sistema social [bens jurídicos coletivos], nos limites de uma ordem constitucional”*⁴³.

Assim, seguir-se-á no presente estudo incluindo-se no conceito de bem jurídico apenas aquilo que de *mais fundamental* para a vida em sociedade está

³⁹ Defendida por autores como TIEDEMANN, KUHLEN, SCHUNEMANN e HEFENDEHL, na Alemanha, e por FIGUEIREDO DIAS, em Portugal. GRECO, Luís. *“Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato*. p. 102-103.

⁴⁰ Idem. p. 103.

⁴¹ Idem. Ibidem. Esta terceira posição é defendida por Hassemer e pelos integrantes da Escola de Frankfurt, conforme se verá em tópico mais adiante.

⁴² Idem. Ibidem. Esta terceira posição foi defendida por BINDING, e hoje praticamente só é seguida por WEIGEND.

⁴³ Idem. p. 100-101. E, por serem dados “fundamentais” encontrados na ordem constitucional, conclui o mesmo autor: “Por isso é que o fato de o Colégio Pedro II ser mantido na órbita federal não é um bem jurídico [art. 242, § 2º, da Constituição da República de 1988], enquanto a vida, a liberdade, a autenticidade da moeda e a probidade da Administração o são”. Idem. p. 107.

previsto na Constituição, tanto no que tange aos direitos individuais quanto no que concerne aos direitos coletivos e às instituições imprescindíveis para a existência e manutenção da ordem estatal. Tudo isso desde que, em último termo, tais valores coletivos e instituições estatais sejam interpretados como instrumentos a serviço de bens jurídicos individuais.

Voltaremos a esse assunto ao final deste capítulo.

1.1.4. Bem jurídico como critério negativo ao poder de punir e o critério da “carência de tutela penal”

Decorre de tudo o que se disse nos tópicos anteriores a ideia de que o bem jurídico configura um critério negativo de criminalização, pois diz que o Direito penal *não* pode punir condutas que não afetem ou ponham em perigo bens jurídicos.

Mas o inverso não é verdadeiro: não quer dizer que, na presença de um determinado bem jurídico, deverá, necessariamente, ser criminalizada determinada ação ou omissão. Isso porque o bem jurídico não se apresenta como um princípio que autoriza ou obriga o Direito penal a incriminar condutas, mas se revela, tão somente, como elemento sem o qual uma criminalização deixa de ter legitimidade.

Como assevera Winfried HASSEMER, “*a projeção de bens jurídicos é, por suas origens, um princípio negativo, limitador, de proibição ao Direito Penal*”⁴⁴. Este princípio não formula um mandato de criminalização ou cominação penal ao legislador quando este se encontrar diante de um bem jurídico. Pelo contrário, trata-se de um critério que se presta para proibir uma criminalização quando não se puder encontrar um bem jurídico subjacente⁴⁵.

⁴⁴ HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* p. 98.

⁴⁵ Idem. p. 101. Para HASSEMER, a criminalização de condutas que não afetam bens jurídicos é *terror estatal*. Seria nada menos que uma intromissão na liberdade humana de atuação a respeito da qual o Estado não pode dizer com que fim a leva a cabo. Uma proibição sem qualquer sentido, portanto. O bem jurídico, assim é o elemento que dá sentido e legitimação ao Direito penal. Idem. p. 103. Esta é, ademais, a posição de Luigi FERRAJOLI, que afirma que “uma teoria do bem jurídico dificilmente pode nos dizer positivamente que uma determinada proposição é justa enquanto protege determinado bem jurídico”. Para este autor, a ideia de bem jurídico “pode oferecer, unicamente, uma série de critérios negativos, de deslegitimação para afirmar que uma determinada proibição penal ou a punição de uma concreta conduta proibida carecem de justificação, ou a tem escassamente”. FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão*. p. 377. No Brasil, esta é também a posição defendida por Juarez TAVARES, que assevera que “a noção de bem jurídico não pode ser posta como legitimação da incriminação, mas como sua delimitação, daí seguindo, no dizer de Dohna, a necessidade de que seja determinado com precisão para que possa servir de barreira diante da intencionalidade e da vacuidade”. TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. p. 200. No mesmo sentido: ROXIN, Claus. *Estudos de Direito penal*. p. 34-35.

Dessa forma, mesmo que caracterizado pelos elementos descritos nos tópicos anteriores, o bem jurídico só poderá cumprir seu papel político criminal se observado sob esse viés negativo. Esse raciocínio permite asseverar que a mera existência de um bem jurídico não autoriza, de plano, a criminalização de determinada conduta. Inegavelmente, poderá haver casos em que bens jurídicos dignos de tutela penal não deverão ter respectivos tipos penais em sua proteção.

Isso porque a legitimidade da incriminação de condutas que agredam bens jurídicos previstos na Constituição só será verificada se presente um último critério: a necessidade (ou carência) de tutela penal⁴⁶, que decorre naturalmente dos princípios de proibição de excesso, subsidiariedade e *ultima ratio*.

Quando o Direito penal se mostrar um meio desproporcional (mais grave que o necessário) para evitar determinadas condutas, deverá ser preterido por medidas de outra natureza – não jurídicas, civis ou administrativas. FIGUEIREDO DIAS⁴⁷, por exemplo, coloca que onde não exista a necessidade de pena⁴⁸ ou esta se revele inadequada⁴⁹ (nos assim denominados “crimes sem vítima”, como o

⁴⁶ “No plano transistemático, que empresta racionalidade e legitimação ao discurso da criminalização, a carência de tutela penal dá expressão ao princípio da *subsidiariedade* e da *ultima ratio* do Direito penal. o Direito penal só deve intervir quando a proteção dos bens jurídicos não possa alcançar-se por meios menos gravosos para a liberdade. A afirmação da carência de tutela penal significa ‘que a tutela penal também é adequada e necessária (...) para a prevenção da danosidade social, e que a intervenção do Direito penal no caso concreto não desencadeia efeitos secundários, desproporcionalmente lesivos’”. COSTA ANDRADE, Manuel da. *A dignidade penal e a carência de de tutela penal como referência de uma doutrina teleológico-racional do crime*. p. 186.

⁴⁷ “Uma vez que o Direito penal utiliza, com o arsenal das suas sanções específicas, os meios mais onerosos para os Direitos e as liberdades das pessoas, ele só pode intervir nos casos em que todos os outros meios da política social, em particular da política jurídica, se revelem insuficientes ou inadequados. Quando assim não aconteça aquela intervenção pode e deve ser acusada de contrariedade ao princípio da proporcionalidade, sob a precisa forma de violação do princípio da *proibição de excesso*. Tal sucederá, p. ex., quando se determine a intervenção penal para proteção de bens jurídicos que podem ser suficientemente tutelados por intervenção dos meios civis (...) pelas sanções do Direito administrativo (...) ou do Direito disciplinar”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. p. 78-79. No mesmo sentido: “Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio de proporcionalidad, que a su vez puede derivar del principio del estado de derecho de nuestra Constitución: como el derecho penal posibilita las más duras de todas las intromisiones estatales en La libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervir cuando otros medios menos duros no prometan tener um éxito suficiente”. ROXIN, Claus. *Derecho penal*. Parte general. Tomo I. p. 65-66.

⁴⁸ É interessante notar que o critério da necessidade de pena – ínsito à ideia de *proporcionalidade* – já estava presente no pensamento de Cesare BECCARIA, no século XVIII: “Uma pena só é justa quando necessária”. E, mais adiante: “(...) para não ser um ato de violência contra o cidadão, a pena deve ser, de modo essencial, pública, pronta, necessária, a menor das penas aplicáveis nas circunstâncias dadas, proporcionada ao delito e determinada pela Lei”. *Dos delitos e das penas*. p. 60 e 107.

⁴⁹ [A desproporcionalidade] sucederá sempre que se demonstre a *inadequação* das sanções penais para prevenção de determinados ilícitos, nomeadamente sempre que a criminalização de certos comportamentos seja fator da prática de muitíssimas mais violações do que as que aquela se revela suscetível de evitar (...); caso em que fica próxima a afirmação de que a prevenção e controle de tais

consumo de drogas e álcool, a prostituição e a pornografia, por exemplo), o problema deverá ser resolvido por meios não penais, ainda que presente um valor constitucional que ostente dignidade penal.

Esse raciocínio serve, inclusive, para fixar que, dentre condutas que afetem um mesmo bem jurídico, apenas aquelas mais censuráveis devam ser penalizadas, enquanto que as demais devam ser deixadas a cargo de outras instâncias jurídicas. Isso deverá ocorrer sempre que seja suficiente uma proteção meramente escalonada, e não extensiva do Direito penal⁵⁰.

É esta a linha de pensamento que deve guiar o legislador para agir quando se deparar com uma *imposição constitucional de criminalização*: neste caso, se deixar de legislar, incorrerá em inconstitucionalidade por omissão (contra a qual certamente se levantará o princípio da proibição de defeito⁵¹); mas não necessariamente deverá criminalizar todas as condutas que agridam aquele bem, mas sim apenas as mais danosas e censuráveis.

Por fim, e em decorrência do critério de “necessidade” ou “carência” de tutela penal, resta concluir, em consonância com FIGUEIREDO DIAS⁵², que não existem imposições constitucionais *implícitas* de criminalização. Onde o Poder Constituinte não houver obrigado a criação de uma norma proibitiva penal, não há que se falar em obrigação do legislador em fazê-lo.

1.2. A expansão do Direito penal na sociedade de risco

1.2.1. A globalização e a nova caracterização dos padrões de sociedade e de crime

De acordo com o que já foi explicitado, a dignidade penal de determinado

comportamentos, quando se repute socialmente desejável, deve ser deixada por inteiro à intervenção de *meios não penais de controle social*. Neste sentido, pode-se e deve-se afirmar, em definitivo, que a função precípua do Direito penal – e, conseqüentemente, também o conceito material de crime – reside na *tutela subsidiária (de ‘ultima ratio’) de bens jurídico-penais*. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. p. 79.

⁵⁰ “Precisamente, desde una perspectiva político-jurídica debería considerarse en mayor medida que un bien jurídico que sea apreciado como digno de protección bien puede no requerir una defensa extensiva sino una protección escalonada, conforme al grado de intensidad y la forma que adopte la agresión”. MAURACH, Reinhart. *Derecho penal*. Parte general. p. 335.

⁵¹ Neste sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. p. 80. Sobre a ideia de bem jurídico e este princípio invocado na omissão do legislador: HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* p. 102-103.

⁵² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais do Direito penal revisitadas*. p. 80.

valor social não é estática no tempo. O conceito de bem jurídico e a forma de se lidar com esse critério são mutáveis conforme a evolução histórica de uma dada sociedade⁵³.

É possível dizer que a propriedade, a vida, a honra, a integridade física, a liberdade sexual, etc., sempre foram valores relevantes para o Direito criminal. As agressões a estes bens jurídicos configuram – sempre configuraram – o núcleo do Direito penal⁵⁴. Aliás, é difícil imaginar sociedades ocidentais em que estes valores não ostentem a condição de bens jurídicos, ainda que em algumas delas não se utilize propriamente essa denominação para fixar o conceito material de crime.

Em regra, os delitos que caracterizam o Direito penal nuclear, clássico, são delitos de efetiva lesão a bens jurídicos individuais: o seu cometimento gera uma agressão evidente ao bem jurídico, quando não a sua completa destruição. Além disso, o Direito penal nuclear é composto por crimes que são cometidos em local definido, com vítimas conhecidas, e cujas consequências são bastante claras.

Ocorre que as mudanças sociais, econômicas e políticas verificadas nas últimas décadas – principalmente no pós-guerra – obrigam a uma nova leitura do conceito de bem jurídico e do controle social como um todo, operado pelo Estado principalmente por meio do Direito penal. Não se pode dizer, certamente, que o Direito penal clássico, idealizado ainda no século XIX, seja capaz de resolver todos os problemas dogmáticos e político-criminais revelados em épocas de globalização.

Se os efeitos das ações humanas antes eram localizados e conhecidos, hoje são globalizados e indeterminados. Com isso, se o modelo de crime do Direito penal clássico era aquele descrito nos dois parágrafos acima, hoje dá-se o inverso. O delito contemporâneo é cometido por pessoas muitas vezes desconhecidas (até porque a tomada das decisões é feita no âmbito de grandes corporações com

⁵³ “(...) o bem jurídico não é – não pode ser – um conceito fechado e apto à subsunção, capaz de permitir que a partir dele se conclua com segurança absoluta o que deve e o que não deve ser criminalizado. Se o fosse aliás – se o pudesse ser –, ele veria então comprometida sua função político-criminal de orientador da evolução do movimento de criminalização/descriminalização e, assim, de instrumento por excelência de descoberta dos caminhos da reforma penal. o bem jurídico é “apenas” o *padrão* crítico insubstituível e irrenunciável com o qual se deve aferir a legitimação da função do Direito penal no caso concreto; e, repito, também o guia por excelência que conduza a evolução da nossa disciplina no respeito pela sua função no sistema jurídico e no sistema social. Acusar a noção de bem jurídico de incapacidade para revelar os exatos contornos do conceito material de crime constituiria, por isso, não só uma flagrante injustiça, como, em último termo, uma afirmação destituída de sentido”. Idem. p. 70.

⁵⁴ Tratar-se-ia exatamente daquilo que se costuma chamar de “*delicta in se*”, ou seja, ações que naturalmente ostentam a condição de crimes em toda época ou lugar, por agredirem valores dos mais relevantes para qualquer sociedade minimamente organizada. Idem. p. 57.

divisão de trabalho, sócios e sedes em diversas partes do mundo⁵⁵), com vítimas indeterminadas⁵⁶ (pense-se na quantidade de pessoas atingidas por ilícitos de caráter econômico ou ambiental), com consequências transnacionais e indefinidas no tempo e no espaço⁵⁷.

O cerne da questão não está mais em bens jurídicos individuais. As atenções se voltam, agora, muito mais para as condições de realização do homem numa sociedade globalizada⁵⁸. Os bens jurídicos coletivos, antes exceção, tornam-se a regra no Direito penal do novo cenário mundial.

Este fenômeno – a globalização – não é novo na história da humanidade. Alberto SILVA FRANCO lembra que não são recentes os movimentos realizados por grandes impérios na busca de expansão geográfica, na intenção de conseguir o aumento de territórios ou a implementação de projetos hegemônicos e sistemas econômicos, o que por certo compreende o intento de domínio sobre o comércio e, também, sobre as próprias populações estrangeiras. As grandes navegações dos séculos XV e XVI demonstram esta assertiva. Da mesma forma, a imigração das massas de desempregados vítimas da revolução industrial, na Europa.

⁵⁵ “As formas de ação da criminalidade moderna são civis, não corre sangue, só no final, talvez, haverá um pouco de agressão. De um modo geral há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis: contratos, pagamentos, cartas, negociações, solicitações. E, finalmente, apresenta três características fundamentais: internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça e proteção contra a investigação policial (há até advogados que participam desse sistema de proteção com alta profissionalidade)”. HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito penal*. p. 89.

⁵⁶ “Este tipo de criminalidade não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata (na criminalidade clássica poderíamos apontar, como semelhante, os delitos fiscais, onde a vítima imediata é o Estado). Toda a criminalidade moderna, de regra, não tem vítimas individuais. As vítimas são ou o Estado ou comunidades, como o caso da Comunidade Européia”. Idem. p. 88.

⁵⁷ “Os danos causados por essa criminalidade não são sempre bem visíveis. Por exemplo, no Direito ecológico alemão, o Código de Direito Ambiental diz genericamente que quem polui a água será sancionado (eu estou simplificando). Mas para isso é necessário colocar limites de poluição, é preciso saber em que momento começa o ato criminoso, pois, logicamente quem coloca um quilo de sal no rio Reno não comete um delito ambiental, mas quem coloca uma tonelada sim, ou quem sabe cem toneladas, ou talvez não com sal, mas com outros gêneros mais poluentes. Então, traduzindo, a autoridade administrativa precisa definir os limites do proibido e do permitido. Assim, o que vemos com a nossa experiência é que o Código Ambiental não pode descrever o delito, como no caso do homicídio, mas pode descrever apenas a sua moldura e o delito efetivo deve ser descrito pela Administração Pública. Nós chamamos a isso de ‘assessoriedade administrativa’, ou seja, o delito se define por um ato do Poder Executivo. Isso é Direito Penal moderno, ou seja, os danos não são mais visíveis, o delito perde a sua tangibilidade, adquire outra estrutura. Idem. Ibidem.

⁵⁸ “A criminalidade moderna transcende os Direitos individuais universais, não é o corpo, a vida, a liberdade, a honra, o patrimônio das pessoas como falava o Direito Penal clássico, mas a capacidade funcional do mercado de subsídios; a saúde pública no caso dos produtos farmacêuticos, a capacidade funcional das bolsas. Esses são os bens jurídicos da criminalidade moderna e do Direito Penal moderno. São bens jurídicos supraindividuais, são universais e são vagos, muito vagos, muito genéricos”. Idem. p. 89.

Mais recentemente, a partir da década de 1970 os mercados financeiros se abriram, as taxas de câmbio, antes fixas, tornaram-se flutuantes, os empréstimos bancários entre pessoas jurídicas e Estados localizados em diferentes partes do planeta se multiplicaram, mecanismos internacionais como o Fundo Monetário Internacional passaram a ter muito mais influência na solução de crises econômicas. Tudo isso sem falar nos avanços tecnológicos em praticamente todas as áreas do conhecimento humano e na quase onipresença das tecnologias da computação, que inegavelmente aumentaram a amplitude das operações financeiras⁵⁹.

Como explica Eduardo Sanz de Oliveira e SILVA⁶⁰, o capitalismo, a partir da década de 1980, diante de tantas mudanças sociais e tecnológicas, viu-se sob uma nova roupagem, principalmente em decorrência (i) da grande concentração de poder econômico nas mãos de empresas transnacionais, (ii) do fim das sociedades comunistas e (iii) da crise do *welfare state*, que teve escancarada sua incapacidade de gerar igualdades sociais e distribuição de renda. Tudo isso acabou por gerar a criação de um novo mercado, regido por regras próprias, mundial, sem fronteiras, sem espaços geográficos fechados, caracterizado pela desregulamentação dos movimentos dos mercados de capitais, dotado de enorme força de propagação territorial e que não conta com barreiras protecionistas nas relações negociais entre diferentes Estados.

Neste novo cenário, as grandes decisões econômicas, relevantes para o mercado global e que, por certo, afetam a vida de todos em sociedade, são ditadas não mais pelos Estados soberanos, mas sim pelos grandes conglomerados detentores do capital. A mudança é tamanha que se chega a dizer que as próprias políticas estatais, de aspecto financeiro, monetário, social e de meio ambiente, têm seus centros de decisão fora do Estado-nação. Nesse novo capitalismo, quem passa a tomar decisões sobre essas questões de fundamental importância social são os grandes grupos econômicos⁶¹: *“O que tem relevância, portanto, não é mais o Estado-nação, mas, sim, o conglomerado de transnacionais que atuam como agentes do mercado global. O caráter transnacional do mercado não respeita, assim, os Estados-nações, condenados a um desmonte sistemático”*⁶². O controle

⁵⁹ SILVA FRANCO, Alberto. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. p. 235-236.

⁶⁰ SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. *Direito penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito*. p. 256-257.

⁶¹ SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.* p. 239.

⁶² Idem. *Ibidem*.

estatal, pode-se dizer, é algo de certa forma *contrário* à ideia de globalização.

É por isso que nenhum daqueles eventos como as grandes navegações ou as imigrações decorrentes da revolução industrial pode ser comparado ao processo por que passa a sociedade mundial desde a década de 1980⁶³, quando este processo de formação da sociedade global parece ter chegado próximo ao seu ápice. Eugênio Raúl ZAFFARONI⁶⁴, por exemplo, sustenta que o processo de formação desta “aldeia global” pode ser dividido em três grandes etapas, sendo a última a mais significativa para a sociedade e, conseqüentemente, para o Direito: (i) a revolução mercantil e o colonialismo – séculos XV e XVI; (ii) a revolução industrial e os movimentos de neocolonialismo – séculos XVIII e XIX; (iii) a revolução tecnológica e a globalização – século XX.

Uma das características mais marcantes da globalização, portanto, é o enfraquecimento do poder político do Estado⁶⁵ (e da própria ideia de soberania) e o aumento da força do capital privado.

Mas cabe aqui, rapidamente, citar mais dois atributos da globalização, os quais, inclusive, serão retomados no tópico seguinte para a exposição daquilo que se convencionou chamar de “sociedade de risco”.

Em primeiro lugar: o avanço da tecnologia. Os conglomerados transnacionais – reais responsáveis pelas decisões econômicas mais importantes – dispõem hoje de técnicas nunca antes vistas para aumentar seu poderio econômico, poupar tempo na fabricação de produtos, alcançar cada vez mais consumidores, enfim, otimizar sua atividade industrial para que se produza um conjunto de bens cada vez maior, para um grupo de consumidores também sempre crescente. A enorme escala de produção daí decorrente funciona, muitas vezes, em detrimento do meio ambiente ou, pelo menos, mediante técnicas que não se sabe ao certo se são ou não danosas à natureza⁶⁶. Com isso, a própria natureza passa, hoje, também

⁶³ “A década de oitenta foi preparadora da década de noventa, e o mundo ingressou, mercê do fantástico avanço tecnológico, impulsionado nos anos 80, num processo acelerado de transformações. As mudanças provocaram, em verdade, a criação de um novo paradigma societário, dotado de extraordinária capacidade de expansão e de alta voltagem político-social. O fenômeno real da globalização entrou em cheio na pauta de discussões e está povoando, de modo preocupante, o pensamento do fim do século”. Idem. p. 237.

⁶⁴ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La globalización y las actuales orientaciones de las política criminal*. p. 14.

⁶⁵ Idem. p. 15.

⁶⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 33.

a ser reconhecida como um bem escasso⁶⁷ à humanidade, o que não acontecia no início do século passado⁶⁸.

Em um segundo momento: a mundialização dos sistemas de comunicação. Eventos de relevância social, política, econômica e jurídica são compartilhados em tempo real por toda a comunidade internacional. As relações sociais se multiplicam e se agilizam, de modo a instaurar uma nova dimensão de velocidade social, instantânea, sem referenciais de espaço e tempo⁶⁹. Tudo isso faz, também, com que as angústias, os medos, as inseguranças decorrentes das incertezas quanto aos danos e perigos ambientais, econômicos e sociais globalizados atinjam populações de diferentes países, com igual força, ao mesmo tempo e em linguagem universal, de fácil apreensão.

Da junção das características⁷⁰ do mundo globalizado surgem importantes consequências para a configuração da ordem jurídica mundial, inclusive e principalmente no que tange ao Direito penal.

Segundo Jesús-María SILVA SÁNCHEZ⁷¹, a sociedade globalizada

⁶⁷ Para Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, a (relativamente recente) constatação escassez dos recursos naturais é, inclusive, um dos motivos responsáveis pelo surgimento de novos bens jurídico-penais. Neste sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito penal*. p. 33.

⁶⁸ Neste aspecto, o que se tem é, muitas vezes, a absoluta incerteza quanto à dimensão do risco ambiental das novas tecnologias, bem como a possibilidade de danos globais caso as técnicas sejam utilizadas de forma equivocada. Uma má tomada de decisão pode, em curtos ou longos intervalos de tempo, gerar prejuízos irreparáveis para uma quantidade indeterminada de pessoas. Além disso, o aperfeiçoamento da ciência traz novas indeterminações para o conhecimento humano. O que era certeza torna-se dúvida com uma velocidade bastante impressionante. A sensação é de completa insegurança mundial acerca do que se pode considerar certo, seguro, “científico”. Neste sentido: “O grande vilão dos riscos hodiernos é o aperfeiçoamento técnico que a modernidade nos auferiu. Lembremos que a técnica científica era a responsável por nos apresentar todas as respostas da natureza, bem como a responsável pela dissolução dos riscos provenientes da natureza. Ocorre que, por meio das ciências, foram surgindo novos riscos que a própria ciência deveria responder, e da solução destes riscos vieram os avanços tecnológicos, bem como a incidência de riscos ainda mais poderosos e imprevisíveis, cuja técnica também é chamada a resolver, só que agora sem nenhuma previsão dos riscos atinentes ao seu resultado”. SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. *Direito penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito*. p. 259.

⁶⁹ Idem. p. 258.

⁷⁰ Para SILVA FRANCO, o fenômeno da globalização funda-se em três elementos principais: “Desta forma, grande concentração de capitais, mobilidade acelerada desses capitais e generalização célere da comunicação constituem o tripé do novo modelo capitalista gerador de um poder econômico global, sem possibilidade de controle por parte do poder político nacional”. SILVA FRANCO, Alberto. *Op. cit.* p. 241. Sua posição é bastante parecida com a de ZAFFARONI, para quem a globalização, marcada (1) pela crescente perda de poder dos Estados, acaba por gerar (2) uma criminalidade econômica organizada e (3) a deterioração do meio ambiente globalmente considerado. Neste sentido: ZAFFARONI, Eugênio Raúl. *La globalización y las actuales orientaciones de las política criminal*. p. 23.

⁷¹ “Os fenômenos da globalização econômica e a integração supranacional têm um duplo efeito sobre a delinquência. Por um lado, dão lugar a que determinadas condutas tradicionalmente contempladas como delitivas devam deixar de sê-lo, pois o contrário se converteria em um obstáculo às finalidades

opera, dentre outros, dois efeitos elementares sobre o Direito penal: de um lado, a *descriminalização* de diversas condutas que são imprescindíveis para o funcionamento deste modelo social (algo que, de certa forma mostra-se menos importante para o presente estudo); de outro, o surgimento de novas modalidades delitivas, principalmente no âmbito socioeconômico.

Essa nova criminalidade, própria da sociedade capitalista e global, é denominada por SILVA SÁNCHEZ de “criminalidade dos poderosos” (“*crimes of the powerful*”). Ela é marcada pela transnacionalidade e pela organização, com divisão de tarefas em caráter profissional. Trata-se de uma modalidade criminosa praticada por grandes organizações, dotadas de alto poderio econômico e que se apresenta como algo completamente diferente daquela delinquência marginal, pontual, desorganizada, que caracterizava o Direito penal clássico.

Diante de tantas inovações trazidas pela globalização ao âmbito político e econômico (a perda do poder estatal, o aumento da força econômica e política dos grandes conglomerados econômicos, a criminalidade transnacional, a onipresença da tecnologia da informática, que aproxima e agiliza as relações pessoais e econômicas, etc.), é natural que os Estados soberanos vejam-se muitas vezes com pouco ou nenhum instrumental – teórico ou legislativo – para enfrentar ao menos parte da nova criminalidade⁷². Afinal, se o poder estatal, no mundo globalizado, precisa se minimizar, uma das consequências imediatas deste fenômeno será, precisamente, a diminuição ou impossibilidade do controle das operações econômicas e financeiras por parte dos próprios Estados soberanos.

perseguidas com a globalização e a integração supranacional. Em efeito, condutas violadoras de barreiras e controles estatais à livre circulação passam de puníveis a não puníveis. (...) Mas, por outro lado, os fenômenos econômicos da globalização e da integração econômica dão lugar à conformação de modalidades novas de delitos clássicos, assim como à aparição de novas formas delitivas. Desse modo, a integração gera uma delinquência contra os interesses financeiros da comunidade, produto da integração (fraude orçamentária – criminalidade alfandegária –, fraude às subvenções), ao mesmo tempo em que contempla corrupção de funcionários das instituições da integração. Além disso, gera a aparição de uma nova concepção de objeto do delito, centrada em elementos tradicionalmente alheios à ideia de delinquência como fenômeno marginal; em particular, os elementos de organização, transnacionalidade e poder econômico. Criminalidade organizada, criminalidade internacional e criminalidade dos poderosos são, provavelmente, as expressões que melhor definem os traços gerais da delinquência da globalização”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Op. cit.* p. 102-103. Em idêntico sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 184.

⁷² Eugenio Raúl ZAFFARONI aduz que “Vemos la criminalidad de mercado e escala macroeconómica sin ninguna contención y sus rechos en refugios fiscales conocidos, consentidos y seguros. Las prohibiciones estatales solo sirven para aumentar las rentas de los mil tráficos prohibidos. El mundo parece sin Timon: cada personaje, por poderoso que se crea o manifiesta serlo, aparece como un microship descartable en un enorme ingenio electrónico”. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. p. 17.

É aqui que se coloca um dos paradoxos do Direito penal na globalização: embora o Estado intervencionista precise ser reduzido para que o fenômeno da globalização se instaure (o que acarreta cada vez mais a ideologia de “menos Estado social”, “menos Estado intervenção”), o que se vê é a inegável expansão generalizada do Direito penal no intuito de enfrentar esta nova problemática. A redução do Estado no âmbito político e econômico gera, na sociedade globalizada, a maximização do Estado punitivo, exatamente para que se tente oferecer (ainda que) mínimas respostas à nova criminalidade.

Nas palavras de José de FARIA COSTA, o que se vive é a ideologia de “*glória ao Estado punitivo. Sim. Menos Estado social, menos Estado interventor, mas mais Estado punitivo, mais Estado securitário. Abandonam-se as funções de Estado que nos interessam e exaltam-se aquelas que nos vão de feição*”⁷³.

Nesse contexto, SILVA SÁNCHEZ⁷⁴ afirma que o Direito Penal da globalização é – e será cada vez mais – unificado internacionalmente, mas também mais flexibilizado no que tange a regras de imputação e menos protetor de garantias político-criminais substantivas e processuais. Em resumo, pode-se dizer, na companhia deste autor, que, aliadas a estas já mencionadas, são quatro as principais características do Direito Penal globalizado:

Em primeiro lugar, a globalização dirige ao Direito penal demandas eminentemente práticas: exige-se, acima de tudo, agilidade e eficiência na proposta de soluções à criminalidade contemporânea, ainda que em detrimento da técnica legislativa, do raciocínio sistemático (constitucional) e da perfeição da teoria do delito. Aspira-se por respostas, rápidas e ágeis, quaisquer que sejam elas.

Em um segundo momento, uma vez que a criminalidade contemporânea é primordialmente *econômica* (“*crimes of the powerful*”), o Direito penal passa a ter um objeto de estudo claramente diverso daquele que marcava o direito penal clássico do século XIX. Esses novos delitos não têm uma regulação legal suficientemente assentada, sua dogmática se acha pendente de formulação. Sua configuração terá que se dar sobre bases bastante diversas daquelas do Direito penal nuclear.

Como terceira característica, cita-se que a exigência de respostas à nova

⁷³ FARIA COSTA, José Francisco de. *A criminalidade em um mundo globalizado: ou do Plaidoyer por um Direito penal não-securitário*. p. 27.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 97-101.

criminalidade se concebe, em regra, em termos *punitivistas*, isto é, de “*evitação de hipotéticas lacunas, assim como de reequipamento jurídico-penal diante de modelos de delinquência que criam uma forte sensação de insegurança, não somente aos indivíduos, mas também aos próprios Estados*”⁷⁵. Caminha-se, assim, para um Estado mais repressor⁷⁶.

Por fim, na resposta à nova criminalidade é impossível que o sistema penal europeu – de raízes romano-germânicas – não seja influenciado fortemente pela tradição jurídica anglo-saxã (*common law*). Esse fenômeno gera um risco bastante grande (ainda que não se queira oferecer resistências preconceituosas ao sistema saxão), afinal, a falta de contextualização de uma ou de várias soluções de Direito substantivo em relação a seus marcos teóricos e institucionais pode gerar um Direito penal cada vez mais repressivo⁷⁷.

Diante dessas ponderações, é inevitável concluir que a globalização traz novas perspectivas – expansionistas – para o Direito penal, que se vê cada vez mais distanciado do paradigma clássico.

Mas para a compreensão da nova configuração do Direito criminal ainda falta analisar as questões referentes à sociedade de risco.

1.2.2. A sociedade de risco: os bens jurídicos coletivos e a prevenção do perigo

A expansão do Direito penal, característica da globalização, é resultado de alguns fatores para além daqueles já declinados no tópico superior.

O Direito penal clássico, que espelhava os valores e anseios da sociedade oitocentista, estava direcionado para a realização dos indivíduos em si mesmos considerados. Daí ter sido construído em torno de Direitos fundamentais individuais, tais como a vida, a propriedade, a liberdade, etc. Visava-se, com aquele modelo de Direito penal, a proteção do homem “como este homem”.

Com a superação da mentalidade puramente liberal, e com a emergência

⁷⁵ E continua o mesmo autor: “se a isso se adiciona o evidente déficit de aplicação da legislação penal em tais âmbitos, dada a magnitude da tarefa assumida, parece razoável pensar que a menor *certainty* da consequência jurídico-penal (ou, em outras palavras, o inevitável caráter seletivo da repressão) se veja compensada com uma maior *severity* da mesma (isto é, com um reforço dos aspectos *simbólicos* da sanção). SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 100.

⁷⁶ É desta característica, principalmente, que se retirará o Direito penal para manutenção da ideia de “segurança” (ou Direito penal do risco), do qual se falará adiante.

⁷⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 101.

de princípios e valores eminentemente sociais, o Direito penal passa a se preocupar com a proteção do homem “como membro de uma comunidade”. Surge, então, o Direito penal secundário, voltado para Direitos sociais e para a organização econômica estatal. Os bens jurídicos de caráter supraindividual, que sempre existiram⁷⁸ – porém, de forma menos evidente – passam a ser o centro das atenções dessa seara do Direito⁷⁹.

Há quem diga, como HASSEMER, que o surgimento dos novos valores sociais a serem tutelados pelo Direito penal inverte a lógica clássica, segundo a qual o bem jurídico serve de critério negativo para a criminalização. Segundo esse autor, a realidade tem demonstrado que na contemporaneidade opera-se, com o conceito de bem jurídico, um mandato para penalizar, o que se mostra absolutamente criticável diante da importante função político-criminal que encerra o termo⁸⁰. Esta é, também, a posição de Francesco PALAZZO.⁸¹

O surgimento de “novos interesses” como uma das razões para a expansão do Direito penal é bem observada por Jesús-María SILVA SÁNCHEZ:

“(...) parece obrigatório levar em conta a possibilidade de que sua expansão [do Direito penal] obedeça, ao menos em parte, já à aparição de novos bens jurídicos – de novos interesses ou de novas valorações de interesses preexistentes –, já ao aumento de valor experimentado por alguns dos que existiam anteriormente, que poderia legitimar sua proteção por meio do Direito Penal. As causas da provável existência de novos bens jurídico-penais são, seguramente, distintas. Por um lado, cabe considerar a conformação ou generalização de novas realidades que antes não existiam – ou não com a mesma incidência –, e em cujo contexto há de viver o indivíduo, que se vê influenciado por uma alteração daquelas; assim, a mero título de exemplo, as instituições econômicas de crédito e inversão. Por outro lado, deve aludir-se à deterioração de realidades tradicionalmente abundantes que em nossos dias começam a manifestar-se como ‘bens escassos’, aos quais se atribui agora um valor que anteriormente não lhes correspondia, ao menos de modo expresso; por exemplo, o meio ambiente. Em terceiro lugar, há que contemplar o incremento essencial de valor que experimentam, como consequência da evolução social e cultural, certas realidades que sempre estiveram aí, sem que se reparasse nas mesmas; por exemplo, o patrimônio histórico-artístico”⁸².

⁷⁸ “Bens jurídicos coletivos não são uma novidade no Direito penal. eles não foram introduzidos com o moderno Direito penal ambiental e econômico. Os crimes de falsidade de moeda e de corrupção, existentes em toda e qualquer legislação penal desde tempos esquecidos, tutelam bens jurídicos coletivos, e nada há de errado com isso”. GRECO, Luís. “*Princípio da ofensividade*” e crimes de perigo abstrato. p. 104.

⁷⁹ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões fundamentais de Direito penal revisitadas*. p. 68.

⁸⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad*. p. 48.

⁸¹ “O sistema da justiça constitucional assume, então, um papel historicamente novo, isto é, não mais o de fixador de limites a favor do indivíduo e contra o poder punitivo, mas o de ‘propulsor’ do Direito penal para novas matérias em novas fronteiras integrativas do Estado Social”. PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito penal*. p. 78.

⁸² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 33-34.

Mas mesmo o professor SILVA SÁNCHEZ concorda que, ao lado do surgimento desses “novos interesses”, a principal motivação para a criação de novas modalidades delitivas na contemporaneidade é o surgimento da “sociedade de risco”, sobre a qual se passa a discorrer.

O termo “sociedade de risco” foi cunhado pelo sociólogo alemão Ulrich BECK, e serve para designar o desenho social do período posterior à Revolução Industrial. A partir da publicação, na Alemanha, de sua obra *Sociedade de Risco*, em 1986, BECK logrou significativa difusão de suas ideias, que hoje são enormemente conhecidas entre os estudiosos da filosofia, da sociologia e do Direito (penal) contemporâneo.

Para esse pensador, a ideia de *risco*, no passado, era algo que remetia à pessoalidade, à regionalidade, à concretude e à facilidade de previsão e medição⁸³. Os meios de produção, a geração de energia, a distribuição e o consumo de bens, nada disso interferia nas expectativas da vida em comum⁸⁴. O cotidiano não exigia grandes avaliações de risco e não implicava atividades arriscadas: guerras, catástrofes, variações climáticas, epidemias, crises econômicas eram fenômenos regionalizados, esporádicos, isolados. Na sociedade pré-Revolução Industrial, é possível dizer que o risco era algo alheio ao funcionamento da própria engrenagem social⁸⁵.

Mas, afinal, em relação ao elemento “risco”, o que muda com a revolução industrial e com a implementação do modelo econômico ditado pela globalização? Por que razão é possível dizer que se vive numa “sociedade de risco”?

Pierpaolo Cruz BOTTINI, em passagem que merece ser transcrita, responde essas questões:

“A sociedade de risco é fruto do desenvolvimento do modelo econômico que surge na Revolução Industrial, que organiza a produção de bens por meio de um sistema de livre concorrência mercadológica. Este modelo econômico exige dos agentes produtores a busca por inovações tecnológicas que permitam a produção e a distribuição de insumos em larga escala, sob pena de perecimento por obsolescência. A produção artesanal é substituída pela produção industrial, que atinge um número maior de consumidores e apresenta custos mais baixos, por meio da agregação de técnicas inovadoras.

A obstinação na inovação importa na velocidade da descoberta de novas tecnologias que, por sua vez, decorre do financiamento de pesquisas científicas destinadas a tais finalidades. Este fenômeno cria uma dinâmica

⁸³ BECK, Ulrich. *A sociedade de risco*. p. 25-28.

⁸⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 35.

⁸⁵ FARIA COSTA, José Francisco de. *O perigo em Direito penal*. p. 321.

peculiar, pois a intensidade do progresso da ciência não é acompanhada pela análise, por parte desta mesma ciência, dos efeitos decorrentes da utilização destas novas tecnologias. A criação de novas técnicas de produção não é seguida pelo desenvolvimento de instrumentos de avaliação e medição dos potenciais resultados de sua aplicação. Do descompasso entre surgimento de inovações científicas e o conhecimento das consequências de seu uso surge a incerteza, a insegurança, que obrigam o ser humano a lidar com o risco sob uma nova perspectiva. O risco, fator indispensável ao desenvolvimento econômico de livre mercado, passa a ocupar papel central no modelo de organização social. O risco torna-se figura crucial para a organização coletiva, passa a compor o núcleo da atividade social, passa a ser sua essência. Surge a sociedade de riscos⁸⁶.

É claro que o risco sempre existiu na sociedade, em todos os tempos. O que se altera na contemporaneidade é a transpessoalidade, a sua dimensão, a forma como é concebido, a pluralidade de fontes de perigo e a magnitude dos danos que podem ser gerados, hoje, por ações humanas⁸⁷.

Daí a ligação entre a globalização e a maximização de riscos: o grau da tecnologia empregada pelos grandes conglomerados transnacionais na produção massiva de bens de consumo, em larguíssima escala, para cada vez mais mercados e mais consumidores, gera riscos ambientais e econômicos para a própria subsistência da sociedade. A produção social da riqueza é tão significativa e tão rápida quanto a produção social de riscos à economia, ao meio ambiente e ao próprio comportamento dos homens em sociedade. O risco de procedência humana, assim, configura-se como fenômeno social estrutural⁸⁸.

As decisões tomadas pelos grupos – não estatais – que detêm a concentração de poder econômico inerente ao movimento de globalização passam a poder gerar consequências globais, não adstritas à região geográfica em que ocorrem. Conclui-se, assim, que atitudes humanas cotidianas, ao contrário do que ocorria, passam a poder gerar riscos de alta magnitude, a cada vez mais pessoas. Como já dito, no passado tal capacidade era reservada a esporádicos e excepcionais eventos de grande magnitude.

Além disso, a velocidade das relações interpessoais, em decorrência

⁸⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.* p. 35/36.

⁸⁷ “Quem – como Colombo – saiu em busca de novas terras e continentes por descobrir assumiu riscos. Estes eram, porém, riscos pessoais, e não situações de ameaça global (...). a palavra ‘risco’ tinha, no contexto daquela época, um tom de ousadia e aventura, e não o da possível destruição da vida na terra. (...) No que diz respeito à comoção que produzem, eles [os riscos contemporâneos] já não estão vinculados ao lugar em que foram gerados – a fábrica. De acordo com seu feitio, eles ameaçam a vida no planeta, sob todas as suas formas,. Comparados com isto, os riscos profissionais da industrialização primária pertencem a uma outra era”. BECK, Ulrich. *Op. cit.* p. 25-26.

⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 35.

principalmente das facilidades de comunicação – pela *internet*, em tempo real e em linguagem universal – incrementa os riscos (ou, pelo menos, a sensação de exposição aos riscos) que já existiam no modelo social anterior. A agilidade e a abrangência da comunicação globalizada aproximam os riscos (a violência, os danos econômicos e ambientais) das pessoas, mesmo que estas estejam fora do âmbito de afetação da atividade potencialmente perigosa. Em outras palavras, não é mais necessário estar perto das fontes de perigo para percebê-lo, pois tal percepção, na sociedade em comento, passa a não ser mais presencial⁸⁹.

Tudo isso acarreta que a *impressão subjetiva do risco* seja superior à quantidade de riscos objetivamente presentes. O medo social, de fato, parece ser muito superior àquele que deveria existir.

Esta impressão social desmesurada faz aumentar a sensação social de insegurança nas pessoas, mesmo que, no fundo, os avanços da medicina (no tratamento e prevenção de várias doenças) e a modernização da engenharia (na fabricação de automóveis e aviões, por exemplo), só tenham feito, objetivamente falando, *aumentar a segurança* em diversos setores da vida em sociedade⁹⁰.

Segundo BOTTINI⁹¹, as características do risco contemporâneo podem ser assim resumidas: (1) o risco deixa de ser periférico para transmutar-se em conceito nuclear, relacionado à própria atividade humana: não é mais apenas a natureza que oferece riscos aos valores caros à sociedade, mas as próprias condutas das pessoas, em decorrência do aprimoramento das técnicas industriais; (2) a extensão dos danos, a magnitude dos prejuízos causados por ações humanas, hoje, é muito maior do que anos atrás; (3) na sociedade do risco, é difícil estabelecer nexos causais entre a realização de determinadas atividades e seus resultados, pois as técnicas desenvolvidas pelos meios de produção apresentam-se muitas vezes

⁸⁹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.* p. 46-47.

⁹⁰ Para constatar esta assertiva, basta pensar que hoje existem vacinas para doenças que antigamente dizimavam populações inteiras. Da mesma forma, a segurança oferecida por um modelo de automóvel na atualidade é infinitamente maior do que aquela oferecida pelos carros que trafegavam pelas ruas há 40 anos. Neste sentido: "... é realmente duvidoso que a medida da insegurança sentida pelos cidadãos se corresponda de modo exato com o nível de existência objetiva de riscos dificilmente controláveis, ou simplesmente incontroláveis (os próprios da *Risikogesellschaft*), que lhes afetem pessoalmente e de modo imediato. Além disso, (...) é inegável que a aparição dos novos riscos está, de certa forma, compensada pela radical redução dos perigos procedentes de fontes naturais (assim, as consequências lesivas de enfermidades ou catástrofes). Por tal motivo, é mais razoável sustentar que, por múltiplas e diversas causas, a vivência subjetiva dos riscos é claramente superior à própria existência objetiva dos mesmos. Expressando de outro modo, existe uma elevadíssima `sensibilidade ao risco`". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *Op. cit.* p. 45-46.

⁹¹ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.* p. 37-42.

tão surpreendentes que os próprios mecanismos tradicionais de avaliação não se aplicam à sua análise; (4) ausentam-se os referentes territorial e temporal, o que ocasiona uma explosão de desconhecimento⁹²: os riscos geram (ou podem gerar) danos indeterminados tanto no sentido cronológico quanto geográfico, criando-se assim uma crise nos modelos de atribuição (imputação) de nexos causais e, conseqüentemente, de resultados; (5) a sociedade do risco é pródiga em exemplos de danos com “efeito do tipo bumerangue”⁹³: ao contrário do que acontecia antes dela, o agente causador do perigo encontra-se, hoje, entre aqueles que são afetados pelo próprio risco criado. Os agentes criadores de riscos não conseguem, hoje, deslocar os efeitos do perigo gerado para regiões distantes.

É certamente essa última característica que mais acirra as discussões para a neutralização dos perigos contemporâneos, pois *“quando a camada social proprietária dos meios de produção não era afetada, a lógica predominante voltava-se unicamente para o desenvolvimento de mecanismos e tecnologias que permitissem agregar valor a insumos, de maneira rápida e eficiente. Não estava na pauta política a preocupação com os eventuais resultados prejudiciais decorrentes daqueles métodos produtivos”*⁹⁴.

Hoje, pelo contrário, não há como as classes geradoras dos riscos globais simplesmente ignorarem que o desenvolvimento tecnológico por elas mesmas criado possa prejudicá-las. Na sociedade de classes, a preocupação maior com os prejuízos causados por aquele modelo social (a concentração de renda e a desigualdade) era dos “desfavorecidos” pelo sistema capitalista. Na sociedade de risco, no entanto, eles (os riscos) são preocupação de todos, pobres e ricos: não

⁹² O que decorre, também, daquilo que BECK denomina de “reflexividade” da ciência atual, que questiona a si mesma, cientificiza a si mesma, a seus produtos, efeitos e erros. A ciência reflexiva contrapõe-se, assim, à ciência simples, cujo objeto era apenas a natureza, o homem, a sociedade, mas não a própria ciência. A quantidade de incertezas e palpitações (Leia-se: insegurança) dentro do próprio ambiente científico, neste quadro, é inegavelmente maior do que em tempos anteriores. Neste sentido: BECK, Ulrich. *Op. cit.* p. 239-242.

⁹³ Para BECK, os riscos “contêm um efeito bumerangue, que implode o esquema de classes. Tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles. Isto não apenas sob a forma de ameaças à saúde, mas também como ameaças à legitimidade, à propriedade e ao lucro: com o reconhecimento social de riscos da modernização estão associadas desvalorizações e desapropriações ecológicas, que incidem múltipla e sistematicamente a contrapelo dos interesses de lucro e propriedade que impulsionam o processo de industrialização”. *Idem* p. 27.

⁹⁴ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Op. cit.* p. 42. E continua o mesmo autor: “a demanda pela contenção de riscos provinha exclusivamente da camada social que os suportava, sem condições efetivas de fazer valer o discurso crítico em relação com aos perigos potenciais das novas práticas industriais. Os novos riscos, ao contrário, afetam toda a sociedade e se fazem presentes em todos os setores. (...) Os agentes econômicos envolvidos com atividades não arriscadas passam a exigir a restrição da atuação de agentes econômicos envolvidos com a produção de riscos”. *Idem.* p. 42-43.

existem pessoas ou povos “não afetados” pelos riscos globais atualmente criados; pode-se cogitar, no máximo, de pessoas ou povos “ainda não afetados”⁹⁵.

Todas essas transformações sociais acarretam aquilo que BOTTINI denomina de “paradoxo do risco”⁹⁶. Vive-se em uma sociedade para a qual o risco é essencial: o sistema financeiro global (que é, ao mesmo tempo, uma decorrência e um pressuposto da atual modelação da sociedade e da economia), bem como o modo de produção capitalista ditado pela globalização, são os principais geradores de riscos. Mas a sociedade, se quiser se manter como está, não pode simplesmente prescindir da produção destes perigos mundialmente consideráveis. Assim, “*o fator indispensável para a manutenção da estrutura social – o risco – coincide com seu próprio fator de desequilíbrio*”⁹⁷.

É este paradoxo do risco, bem como a dificuldade de estabelecimento de suas medidas (a definição de quais condutas deverão ser definidas como proibidas e quais deverão ser permitidas dentre as ações humanas naturalmente perigosas) que tanto repercute no Direito penal. Ao mesmo tempo em que as pessoas clamam por maior liberdade de decisão (pela “minimização do Estado em sua esfera de

⁹⁵ “À ‘classe’ dos afetados opõe-se, na melhor das hipóteses, a ‘classe’ dos ainda-não-afetados. Por conta do aumento galopante dos preços da incolumidade, inclusive os que hoje ainda são ‘abastados’ (em termos de saúde e bem-estar) serão impelidos amanhã às ‘filas de auxílio aos pobres’ dos planos de saúde e, depois de amanhã, ao refúgio dos párias, inválidos e incapazes. A impotência das autoridades diante dos acidentes tóxicos e escândalos de lixo tóxico, assim como a avalanche de questões de legalidade, competência e indenização que irrompe nesses casos fala uma língua bastante clara. Isto é: a imunidade em relação aos riscos converte-se do dia para a noite em impacto irreversível”. BECK, Ulrich. *Op. cit.* p. 47-48.

⁹⁶ “O paradoxo do risco pode ser definido como uma espécie de esquizofrenia estrutural da sociedade de consumo, em que os discursos sobre o risco permitido colapsam em antagonismos insuperáveis. Vive-se em uma sociedade em que o modelo econômico é sustentado sobre a criação e oferecimento do novo ao consumidor, justamente porque o mercado exige a novidade e o conforto desta oferta. No entanto, o descobrimento sobre os riscos inerentes a este mesmo novo fomenta o discurso pela diminuição na intensidade de novidades até que seus riscos sejam conhecidos. O paradoxo está na massificação de técnicas e produtos inéditos cujos riscos são completa ou parcialmente desconhecidos (celulares, ondas de rádio, micro-ondas, alimentos transgênicos, queima de combustíveis), fomentada em parte pela própria demanda social por estas novidades, e a ansiedade diante deste desconhecido desejado e temido. Ansiedade sempre reforçada pelas eventuais concretizações de suspeitas catastróficas, como a descoberta dos efeitos colaterais graves decorrentes do uso de medicamentos, ou os desastres ambientais relacionados a novas tecnologias de produção agrícola”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea*. p. 112.

⁹⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 49. E continua o mesmo autor: “Desta forma, a organização estrutural clássica da sociedade, em que o poder econômico utiliza o poder ideológico para a manutenção do sistema de produção, entra em crise, não em sua totalidade, mas no ponto crucial da gestão de riscos. A dificuldade em lidar com os novos riscos gera atritos, cada vez menos localizados, entre representantes do próprio poder econômico, da mesma classe social, e estes atritos serão refletidos em diversos campos das relações sociais e dos discursos delas decorrentes. A modernização e o risco dissolvem os contornos da sociedade industrial que os originou”. Idem. p. 49-50.

liberdade pessoal”), o medo e a insegurança gerados pela “sociedade de risco” acarretam, também, um clamor por maior rigidez do Estado no controle da geração dos perigos sociais (principalmente econômicos e ambientais)⁹⁸.

A lógica chega a ser simples: se os habitantes da sociedade de risco temem os perigos socialmente danosos produzidos em larga escala por ações humanas, então o que se espera do Estado é que ofereça respostas a estes novos fenômenos, de preferência por meio do Direito penal – seu aparelho repressor mais visível, ainda que se saiba ser o menos eficiente.

O surgimento dos “novos interesses”, expostos ao início deste tópico, aliado à formação da sociedade de risco, dá origem a um Direito penal secundário, que, ao contrário do Direito penal clássico (do homicídio, do roubo, do estupro, etc.), criminaliza condutas cuja reprovabilidade muitas vezes não é facilmente apreensível pela ética ou moral da sociedade. A tipificação penal, para resguardar a sociedade de riscos, acaba recaindo sobre ações que não são censuráveis segundo a ótica da maior parte da comunidade⁹⁹.

Neste contexto, o Direito penal deixa de ser *ultima ratio* da política social em favor da liberdade para se tornar um importante aliado do Estado na *gestão dos riscos sociais*. O Direito criminal passa a ser um ordenamento de “segurança” – ainda que esta, em verdade, configure uma utopia em tempos atuais. Surge a administrativização do Direito penal, que será mais bem exposta no tópico seguinte.

1.2.3. Administrativização do Direito penal para a neutralização dos novos riscos: os crimes de perigo abstrato e os delitos de acumulação

Como dito ao início deste capítulo, a proteção de bens jurídicos é a

⁹⁸ Como bem apontado por Eduardo Sanz de Oliveira e SILVA, citando Zygmunt BAUMAN, “os indivíduos dilacerados entre a liberdade inebriante que a atual sociedade propicia e a incerteza aterrorizadora decorrente das decisões propiciadas pela mesma sociedade almejam o impossível: ‘... uma liberdade livre de riscos’”. SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. *Direito Penal Preventivo e os Crimes de Perigo*. p. 261.

⁹⁹ “(...) este derecho penal del riesgo se caracteriza, además, porque el comportamiento que va ser tipificado no se considera previamente como socialmente inadecuado; al contrario, se criminaliza para que sea considerado como socialmente desvalorado. Esta descripción afecta al derecho penal medioambiental *in toto* y puede apreciarse también en el Derecho penal económico, y conduce – en ámbitos distintos a los conocidos y criticados con razón – a una revitalización de la creencia en la ‘fuerza conformadora de costumbres del Derecho penal. (...) Estas conductas no contravienen generalmente la ética más inmediata, que impregna la moral social y que resulta altamente relevante en el modo de comportarse, sino, por el contrario contravienen con frecuencia una ‘moral lejana’, mucho menos relevante en la conformación de conductas”. PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*. p. 151.

função do Direito penal. Segundo este raciocínio, o Estado tem legitimidade para lançar mão da sanção mais grave de que dispõe (a pena) quando – e somente quando – um determinado bem jurídico com relevância penal é materialmente agredido ou colocado em perigo, e sempre que os meios não penais de controle social mostrem-se insuficientes para inibir a conduta socialmente danosa.

Este, aliás, é o principal ponto de diferenciação material entre o ilícito penal e o ilícito administrativo: enquanto o Direito penal, pela própria gravidade de suas consequências, persegue – e só pode perseguir – a proteção de bens jurídicos (entendidos como valores constitucionais indispensáveis à realização do homem individualmente e em sociedade), o Direito administrativo, em razão do caráter mais brando de suas sanções e até mesmo pela informalidade com que é aplicado – independentemente do Poder Judiciário, por exemplo – deve perseguir *“a ordenação, de modo geral, de setores da atividade (isto é, o reforço, mediante sanções, de um determinado modo de gestão setorial). Por isso, não tem por que seguir critérios de lesividade ou periculosidade concreta, senão que deve preferencialmente atender a considerações de afetação geral, estatística”*¹⁰⁰.

O Direito administrativo serve exatamente para disciplinar a atividade humana com vistas à organização (gestão) dos grandes setores da vida social, como o tráfego de veículos, a construção civil, as relações do homem com o meio ambiente, o mercado de capitais, a garantia da higiene em larga escala (por meio dos órgãos de vigilância sanitária), etc. Exatamente por isso é que (i) estacionar um veículo em local proibido, (ii) ultrapassar um sinal de trânsito vermelho, ou (iii) transgredir uma regra que fixa o potencial construtivo em determinada localidade são, sim, atos ilícitos sob a ótica administrativa, ainda que não gerem nenhuma consequência danosa. Aquele que estaciona o carro em local proibido não precisa causar um acidente com vítimas para ser multado pela infração de trânsito; aquele que ultrapassa o sinal vermelho não precisa atropelar ninguém para que cometa um ilícito administrativo¹⁰¹; aquele que constrói um prédio de quatro andares num bairro onde só se podem construir três também não precisa, com isso, lesionar o direito fundamental de outrem para que seu ato seja considerado irregular perante a administração pública.

¹⁰⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 150.

¹⁰¹ Em verdade, não precisa nem sequer quase atropelar alguém com seu ato. Mesmo que a rua esteja deserta, ultrapassar um sinal vermelho será sempre uma infração de caráter administrativo.

Tudo porque os três exemplos de ilícitos aqui mencionados, uma vez praticados, prejudicam automaticamente o modelo setorial de gestão da administração pública para o trânsito e para a construção civil. É por isso que o Direito administrativo pode prescindir do conceito de bem jurídico: sua preocupação é com a mera gestão setorial, e não com as piores agressões aos mais fundamentais valores da vida em sociedade.

Por esta mesma razão, o Direito administrativo não precisa se ocupar em analisar o risco relevante de uma conduta em si mesma considerada. Não é da sua alçada procurar critérios de imputação individual da conduta a um sujeito determinado, pois seu ponto determinante é a visão macroeconômica ou macrossocial – “as grandes cifras”, “o problema estrutural” ou “sistêmico”.

É natural, portanto, que as punições administrativas sejam regidas por questionamentos estatísticos do tipo “*e se todos fizessem isso ao mesmo tempo, caso esta conduta fosse considerada lícita?*”. De fato, se todos os motoristas pudessem avançar o sinal vermelho quando assim decidissem, se todas as construtoras pudessem escolher o número de andares dos prédios que vão construir, se todos os bares e restaurantes pudessem ditar suas próprias regras de higiene, tais setores da vida comunitária efetivamente restariam fora de ordem, ao largo de qualquer padrão, e, portanto, inadequados para a vida em sociedade.

É por isso que o pequeno dano cumulativo, ou derivado de simples repetições, é relevante para o Direito administrativo, que pode deixar de lado a valoração do fato específico que pretende sancionar, “*requerendo somente uma valoração acerca de qual seria a transcendência global de um determinado gênero de condutas que viesse a ser considerado lícito*”¹⁰².

Ocorre que, na contemporaneidade, o Direito penal tem sido “administrativizado”, na expressão utilizada por SILVA SÁNCHEZ¹⁰³.

Já se disse que o Direito penal, na sociedade globalizada, tende a se expandir, o que parece até natural em épocas de multiplicação e alargamento das relações interpessoais.

Mas a sociedade de risco tem exigido mais deste ramo do Direito. Para oferecer respostas rápidas e concretas (visíveis, sensíveis, minimamente palpáveis) às angústias sociais decorrentes da geração de riscos em larga escala, o Estado

¹⁰² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 151.

¹⁰³ *Idem.* p. 145 e ss.

tem lançado mão de um Direito penal também “de risco” ou “de perigo”. A expansão do Direito penal, assim, tem ocorrido principalmente por meio da antecipação de regras de imputação, ou, em palavras mais claras, por meio da antecipação da sanção para estágios anteriores à geração de danos concretos, ou para estágios em que nenhum perigo (muito menos dano efetivo) é oferecido ao bem jurídico.

A “administrativização” do Direito penal quer dizer exatamente isso: o transporte, para a lógica penal, do raciocínio próprio do Direito administrativo, segundo o qual o que importa não é o dano em si, mas o “proibir condutas potencialmente danosas” e, com isso, “evitar os danos *antes* que eles aconteçam”. O Direito penal, na sociedade “de risco”, se transforma em mais um instrumento estatal para a gestão ordinária “de riscos”¹⁰⁴.

Conforme atestam Pierpaolo Cruz BOTTINI e Fábio André GUARAGNI, em nome da eficiência que se reivindica do Estado, o Direito penal da sociedade de risco perde sua característica clássica de *ultima ratio* para, ao lado e na mesma racionalidade de outros ramos do Direito, se antecipar à produção de danos ou perigos concretos para punir condutas destituídas de desvalor de resultado¹⁰⁵.

Exatamente por conta desta busca pela “eficiência” e pela “gestão de riscos” que o modelo contemporâneo de crime não é mais aquele em que o bem jurídico (individual) é destruído, gravemente afetado ou concretamente colocado em perigo. Em lugar dos *delitos visíveis*, próprios do Direito penal clássico, os riscos contemporâneos exigem do Direito penal a previsão de condutas que não produzem nenhum resultado exterior: os *delitos invisíveis*, no dizer de Enrique

¹⁰⁴ “É isso que se quer indicar quando se alude ao processo de à administrativização, em que, a nosso juízo, se acha imerso o Direito Penal. e tal poderia nos levar ainda mais longe: assim, não somente a afirmar que o Direito Penal assume o modo de racionalizar próprio do Direito administrativo sancionador, senão que, inclusive a partir daí, se converte em um Direito de gestão ordinária de grandes problemas sociais”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 146.

¹⁰⁵ É o que ensina Pierpaolo Cruz BOTTINI: “Nesse contexto, o Direito penal passa a orientar seus institutos à prevenção, à inibição de atividades, no momento antecedente à causação de um mal, antes da afetação do bem jurídico protegido. A norma penal visa reprimir comportamentos potencialmente danosos. O desvalor do resultado é substituído pelo desvalor da ação, o prejuízo concreto é substituído pela probabilidade de afetação de bens e interesses. Os tipos penais deixam de abrigar a lesão em sua redação e direcionam seus elementos ao perigo, ao risco. Esta formatação possibilitou o desenvolvimento das estruturas que abrigam, hoje, o Direito penal de riscos, voltado para a inibição de ações arriscadas, independentemente de suas consequências concretas”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 88. No mesmo sentido: “(...) não era da índole do direito penal clássico – forjado como caudatário do jusnaturalismo, do contratualismo e do Estado liberal burguês, para tutela de bens eminentemente individuais – antecipar-se aos danos, atuando somente após a efetiva lesão dos bens jurídicos que tinha por horizonte proteger. O crime de dano figurava-se como regra, e os crimes de perigo, como exceção”. GUARAGNI, Fábio André. *A função do Direito penal e os “sistemas peritos”*. p. 80.

BACIGALUPO¹⁰⁶.

Com a sociedade de risco, multiplicam-se nos sistemas jurídico-penais mundo afora os *crimes de perigo abstrato* e os *crimes de acumulação*.

Os *crimes de perigo abstrato* são espécies delitivas cujo tipo penal não prevê, entre seus elementos, nem a afetação direta do bem jurídico (como ocorre nos delitos de lesão, a exemplo do homicídio e do furto), nem a sua colocação em perigo concreto (o que ocorre nos assim denominados crimes de perigo concreto, em que a causação do perigo integra a redação do tipo¹⁰⁷). Da leitura dos tipos penais de crimes de perigo abstrato se depreende tratar-se de crimes de mera desobediência à vontade do legislador, ou crimes de mera conduta proibida, pois se define como punível uma simples ação tida como perigosa, ainda que em caráter potencial e hipotético, e na ausência de produção de qualquer efeito externo ao agir¹⁰⁸.

O desvalor integral do crime, nessa espécie delitiva, restringe-se ao mero desvalor da ação. O perigo não é elemento do tipo, mas sim uma consideração, ou presunção, feita pelo legislador como que deduzindo que o perigo desaprovado surge naturalmente de uma ação com determinadas características. A presunção do perigo, nestes casos, é *juris et de jure*, o que “obriga o aplicador da Lei a não

¹⁰⁶ “Las modernas formas de delincuencia han tenido una importante influencia en esta matéria: los teóricos han dirigido su atención a los delitos *económicos* (fiscales, fraude de subvenciones, lavado de dinero, contra el medio ambiente, tráfico de drogas) a los delitos de *funcionarios* (prevaricación, negociaciones prohibidas, abusos de poder), a gran parte de los delitos *patrimoniales* (administración desleal, estafa), etcétera. Estos tipos penales son difícilmente reconducibles a la estructura de los delitos en los que la acción produce un resultado que modifica el mundo exterior conectado con ella. Como lo que he sugerido en otro lugar, *el prototipo del delito de la teoría actual de la imputación es un delito invisible, que no se caracteriza por sus manifestaciones sensorialmente perceptibles que quedan de la realización de la acción*. Los prototipos de la dogmática tradicional eran, por el contrario, los *delitos visibles*, como el homicidio, las lesiones, el aborto o los daños materiales, delitos que se percibían por rastros físicos en las personas o las cosas sobre las que recae la acción”. BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*. Tomo I. p. 310.

¹⁰⁷ Exemplo de um crime de perigo concreto – que exige já no tipo a criação de um perigo aferível – é aquele do artigo 54 da Lei 9.605/98: Art. 54. “*Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora: Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa*”.

¹⁰⁸ “O tipo de perigo abstrato é a técnica utilizada pelo legislador para atribuir a qualidade de crime a determinadas condutas, independentemente da produção de um resultado externo. Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto. (...) Os crimes de perigo abstrato, por um lado, prescindem da referência a fenômenos externos à atividade descrita como ilícita. Sob o aspecto formal, a mera prática da conduta indicada na norma exaure os aspectos objetivos do tipo penal”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 113-114.

*considerar o caso fático, aplicando a Lei in genere*¹⁰⁹.

A decisão de criminalizar, nestes casos, obedece a uma lógica claramente “administrativista”. Com essa técnica legislativa conseguem-se dois efeitos práticos muito adequados à sociedade de risco, ambos relacionados à ideia de eficiência e gestão empresarial de riscos: (1) a antecipação da punição para estágios muito anteriores à criação de qualquer dano, o que atende aos anseios de neutralização de riscos, e (2) a simplificação da prova para a acusação no processo penal – uma vez que a mera comprovação da conduta já se mostra suficiente para a condenação, independentemente de qualquer demonstração de resultado (de perigo concreto ou de lesão)¹¹⁰.

No Brasil, exemplos de crimes de perigo abstrato são encontrados no Código de Trânsito¹¹¹, na Lei de Biossegurança¹¹², no Código Ambiental¹¹³, na Lei de Drogas¹¹⁴ e na Lei n. 10.826/2003, que disciplina o registro, a posse e a comercialização de armas de fogo¹¹⁵, entre outras. Veja-se que em nenhum desses exemplos o legislador prevê condutas que efetivamente agredem bens jurídicos. Da mesma forma, a redação dos tipos legais não exige a criação de um perigo concreto.

¹⁰⁹ “(...) a característica que tradicionalmente define os crimes de perigo abstrato reside (...) na ausência de perigo no tipo. Este não menciona o perigo entre seus elementos, mas se limita a definir uma ação perigosa, pois entende que o surgimento do perigo se deduz da realização da ação com características. Parece considerar que, nesses casos, há uma transação da decisão do perigo do juiz ao legislador. A presunção *juris et de jure* do perigo obriga o aplicador da Lei a não considerar o caso fático, aplicando a Lei *in genere*”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. p. 119.

¹¹⁰ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.* p. 67.

¹¹¹ Lei n. 9.503/1997, artigo 306: Conduzir veículo automotor, na via pública, estando com concentração de álcool por litro de sangue igual ou superior a 6 (seis) decigramas, ou sob a influência de qualquer outra substância psicoativa que determine dependência: Penas - detenção, de seis meses a três anos, multa e suspensão ou proibição de se obter a permissão ou a habilitação para dirigir veículo automotor.

¹¹² Lei n. 11.105/2005, artigo 27: Liberar ou descartar OGM no meio ambiente, em desacordo com as normas estabelecidas pela CTNBio e pelos órgãos e entidades de registro e fiscalização: Pena – reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

¹¹³ Lei n. 9.605/98, artigo 64: Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.

¹¹⁴ Lei n. 11.343/2006, artigo. 33: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

¹¹⁵ Lei n. 10.826/2003, artigo 12: Possuir ou manter sob sua guarda arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, no interior de sua residência ou dependência desta, ou, ainda no seu local de trabalho, desde que seja o titular ou o responsável legal do estabelecimento ou empresa: Pena – detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa.

Pelo contrário, a periculosidade dessas condutas é simplesmente presumida pelo legislador penal, de maneira absoluta, e sem admitir prova em contrário.

Os *crimes de acumulação*¹¹⁶, delitos de cumulação ou delitos aditivos¹¹⁷ respondem à mesma lógica e, por isso mesmo, para alguns autores se inserem como uma categoria de delitos de perigo abstrato¹¹⁸.

Trata-se de uma espécie delitiva cujas condutas simplesmente não são idôneas para oferecer alguma ofensa para o bem jurídico em questão. O efetivo dano ou o perigo ao bem jurídico só passam a existir se reiteradas condutas da mesma natureza forem cometidas¹¹⁹. Aqui, a lógica do Direito administrativo simplesmente se converte na lógica penal: a pergunta “*what if everybody did it?*” se transporta para o Direito penal sem qualquer restrição. A punição, nesse tipo de crime, ocorre mesmo antes de o bem jurídico (eminentemente coletivo) ser colocado em perigo hipotético ou, melhor dizendo, abstrato.

É o que se tem em vários delitos ambientais e contra o Sistema Financeiro Nacional, tais como aqueles previstos no artigo 29 da Lei n. 9.605/98¹²⁰ e no artigo 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei n. 7.492/86¹²¹. Veja-se que, nessas duas hipóteses, os bens jurídicos (respectivamente, o meio ambiente e a higidez do Sistema Financeiro Nacional) não são afetados quase nunca por uma única conduta que se subsuma aos tipos legais. Afinal, o meio ambiente não se afeta com a morte de um, dois ou dez animais silvestres, da mesma forma que o Sistema Financeiro Brasileiro não resta agredido de nenhuma forma se R\$ 20mil, R\$ 500mil ou R\$ 1milhão são evadidos ao exterior à margem da fiscalização oficial.

¹¹⁶ Como bem salientam SILVEIRA, BOTTINI, GRECO e SILVA SÁNCHEZ, a expressão “crime de acumulação” foi criada por Lothar KUHLEN, na Alemanha, em 1986. Neste sentido: SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Op. cit.* p. 148. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato.* p. 241. GRECO, Luís. *Op. cit.* p. 128. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 158.

¹¹⁷ Diversas são as denominações utilizadas pela doutrina para se referir à mesma categoria delitiva, o que se mostra irrelevante para a sua compreensão, dada a similaridade entre todas elas.

¹¹⁸ Neste sentido: WOHLERS, Wolfgang. *Deliktstypen des Präventionsstrafrechts – zur Dogmatik “moderner” Gefährungsdelikte.* Berlin: Duncker & Humblot, 1999. p. 279 e ss. Apud: GRECO, Luís. *Op. cit.* p. 129.

¹¹⁹ “... é importante, para exata compreensão de seu ponto de vista, realçar que, na concepção de Kuhlén (...), a acumulação não aparece como um elemento hipotético dos Kumulationsdelikte, senão um elemento real (isto é, considera-se de antemão com a realização atual ou iminente de fatos similares por uma múltipla variedade de sujeitos)”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 158.

¹²⁰ Lei n. 9.605/98, artigo 29: Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: Pena - detenção de seis meses a um ano, e multa.

¹²¹ Lei n. 7.492/86, artigo 22: Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa. Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente.

Somente se diversas ações iguais forem praticadas de forma reiterada é que os respectivos bens jurídicos serão, de alguma forma, afetados ou colocados em risco.

A aplicação da pena, nesses exemplos e em tantos outros que se pode imaginar, dá-se para evitar a temida reiteração de condutas idênticas, em claro intuito “administrativista”. Nos delitos de acumulação segue-se a lógica segundo a qual a ausência de punibilidade para pequenos e isolados atos faria com que todos os cidadãos pudessem agir da mesma forma, de modo a, aí sim, afetar ou colocar em risco o bem jurídico.

Ocorre que, se a conduta for tomada em si, nenhum perigo é oferecido ao objeto de proteção da norma, motivo pelo qual os crimes de acumulação recebem inúmeras críticas doutrinárias que, apoiadas nos princípios da lesividade, da proporcionalidade e da culpabilidade, sustentam não haver legitimidade para a criminalização de tais condutas. É como se a pena (a sanção mais grave de que dispõe o poder estatal) fosse aplicada ao autor de uma ação – que não é idônea para afetar o bem jurídico – levando-se em conta a culpabilidade geral, de todas as ações idênticas, praticáveis por outros autores¹²². Nesta espécie delitiva, sobre o autor da conduta isolada recairia, assim, a “quantidade de culpabilidade total”, referente a todas as condutas hipoteticamente praticáveis, o que parece ferir os princípios de culpabilidade e proporcionalidade.

Não é absolutamente desarrazoado dizer que, na falta de qualquer idoneidade para afetar o bem jurídico, tais incriminações levariam à punição *ex iniuria tertii*, ou seja, à aplicação de sanções penais a crimes de mera conduta proibida, sem qualquer possibilidade de lesão – em si – a algum bem coletivamente relevante.

Isso sem falar das objeções que podem ser levantadas aos delitos de acumulação se a tudo isso se somar a racionalidade do princípio da insignificância¹²³.

Às objeções, aduz Lothar KUHLEN que a incriminação por acumulação dá-se no intuito de *“realizar uma contribuição à solução de grandes problemas mediante a proibição, sob ameaça de sanção, de ações que em suma fornecem*

¹²² Neste sentido: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 156-162.

¹²³ “Parece-me especialmente problemática a categoria dos delitos de cumulação, pela tendência de criminalizar bagatelas que lhe é ínsita: como vimos, nos delitos de cumulação já será punível aquele comportamento em si inócuo, mas que se torna perigoso caso praticado em grande número”. GRECO, Luís. *Op. cit.* p. 133.

pequenas contribuições a constituição destes problemas”¹²⁴. Tratar-se-ia de uma nova forma de lidar com o princípio de proteção ao bem jurídico: dadas as particularidades dos “novos interesses” sociais – tais como os bens jurídicos protegidos pelo Direito penal ambiental e econômico – torna-se necessária a previsão de tipos penais que antecipem a punibilidade para estágios muito anteriores à sua afetação, mas sem que se deixe de lado a máxima segundo a qual o Direito penal tem como (única) função a proteção de bens jurídicos, sejam eles individuais ou coletivos.

Além disso, para o próprio KUHLEN, as expectativas realistas em relação aos efeitos produzidos por reiteraões delitivas na comunidade em geral, somadas à especial relevância dos bens jurídicos em questão, é que justificariam a incriminação nos moldes cumulativos¹²⁵.

Como se vê, a contemporaneidade reserva novos desafios para o Direito penal. A dimensão dos “novos interesses” tutelados e os anseios de neutralização dos riscos globais, decorrentes do modo de produção capitalista globalizado, trazem questões novas para serem resolvidas pela política criminal e pela dogmática penal. A grande pergunta que se coloca é se a proteção de bens jurídicos – de tão fácil aplicação à racionalidade penal clássica – continua sendo, na sociedade de risco, a precípua (ou única) função do Direito penal.

No próximo tópico, trataremos das propostas doutrinárias trazidas para responder a esta pergunta crucial.

1.3. Propostas doutrinárias para enfrentamento das novas questões penais

1.3.1. O Direito penal do risco aceito sem restrições: relativização de princípios clássicos e – eventual – abandono do conceito de bem jurídico

Um primeiro grupo de autores recepciona as características do Direito penal contemporâneo sem nenhuma objeção. Segundo sua forma de pensar, a

¹²⁴ KUHLEN, Lothar. *Umweltstrafrecht* – auf der Suche nach einer neuen Dogmatik. In: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, n. 105, 1993, p. 720. Apud: SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 159.

¹²⁵ “Aqui [nos crimes cumulativos] só haverá criminalização legítima caso os efeitos de cumulação sejam fundados em expectativas realistas, devendo o bem jurídico protegido ser dotado de especial relevância, de modo a fundamentar um dever de cooperação”. GRECO, Luís. *Op. cit.* p. 128.

antecipação da incidência da norma penal para estágios anteriores ao efetivo dano ao bem jurídico é, mais do que inevitável, necessária para que o Direito penal cumpra com algum papel na sociedade de risco globalizada¹²⁶.

Para esse grupo, não há nada de errado na necessidade de transformação – por vezes bastante significativa – dos institutos, princípios e conceitos da dogmática penal clássica para enfrentamento dos novos desafios, de modo que restam legitimadas todas as mitigações necessárias de valores como a reserva legal, culpabilidade e proporcionalidade¹²⁷ para a eficácia do Direito penal na proteção dos “novos interesses” sociais. Para estes autores, o “novo” Direito penal resta justificado, ainda que, para tanto, seja preciso deixar de lado inclusive o princípio de proteção a bens jurídicos.

Nessa corrente de pensamento, inclusm-se, dentre outros, os professores Günter STRATENWERTH (na Suíça) e Luis GRACIA MARTÍN (na Espanha), ainda que suas argumentações não sejam tão convergentes assim em todos os aspectos.

Günter STRATENWERTH pode ser incluído nesse grupo pelo fato de admitir que o conceito de bem jurídico – principalmente em âmbito coletivo¹²⁸ – é absolutamente prescindível para o Direito penal contemporâneo, pois este, numa sociedade de risco, deve se voltar para a tutela das gerações futuras¹²⁹. Dessa

¹²⁶ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. p. 133-137.

¹²⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 106.

¹²⁸ Em verdade, STRATENWERTH considera que o conceito de bem jurídico, desde a sua criação por Birnbaum, em 1834, nunca alcançou concretude suficiente para servir de padrão crítico para a definição do conceito material de crime, a não ser no que tange aos crimes que afetam interesses eminentemente individuais. Assim, não serviria como parâmetro seguro de limitação nem do Direito penal de interesses difusos nem de um Direito penal que pretenda garantir a existência e o desenvolvimento de futuras gerações: “A pesar de múltiples esfuerzos, hasta hoy no se ha logrado esclarecer el **concepto** de bien jurídico ni siquiera de modo aproximado. Antes bien, todos los intentos hechos al respecto han fracasado por la dificultad, acaso imposible de superar ya por principio, de hallar una definición que se ajuste a todos los tipos penales cuya legitimidad esté fuera de cuestión y que, a pesar de ello, aún exprese algo. En cambio, el concepto recibe un contenido concreto sólo en la medida en que se trate de intereses individuales (vida, integridad corporal, libertad, etc), mientras que, ampliado a los llamados bienes jurídicos universales (como el interés de la comunidad en la correcta conducción de un proceso, en el respeto a la religión, en la fiabilidad de los documentos, etc.), sólo caracteriza la idea básica en la que se funda la disposición penal. No impide entonces, dicho a modo de ejemplo, hacer un bien jurídico de las ‘buenas costumbres’, en vista a un tipo como el antiguo § 175, y en todo caso no produce más que cualquier discusión regida por argumentos racionales sobre la utilidad y desventaja de una ley penal determinada”. STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal. Parte General* I. p. 55-56.

¹²⁹ “Me parece que nuestra época está a punto de apreciar una consecuencia ulterior del principio de igualdad, si de ahora en adelante se intentan incluir en el discurso moral las consecuencias de nuestras acciones para las generaciones futuras. No podemos seguir negando dichas consecuencias. Está claro que con el pensamiento del bien jurídico no se llega lejos en este tema, ya incluso porque, a pesar de la certeza de que éstas se darán, no es posible calcular las consecuencias concretas de lo que hoy hacemos para nuestros descendientes. Esto no puede sin embargo significar que podamos hacer caso omiso de estas consecuencias. Una vez más se muestran los límites relativamente

forma, o conceito de bem jurídico seria insuficiente para expressar *todas* as finalidades do Direito penal contemporâneo¹³⁰, com o que perderia sua função.

Em sua teoria, STRATENWERTH abandona o conceito de bem jurídico para passar a legitimar um *Direito penal de comportamento*, ainda que sem a produção de dano social ou perigo de dano. Para proteger essa “nova” finalidade (a existência e desenvolvimento de gerações futuras), o Direito penal passaria – ou poderia passar – a tutelar relações ou contextos de vida, como tais, de forma autônoma, “*sem que fosse necessário reconduzir a proteção a interesses individuais de qualquer dos participantes no contexto*”¹³¹.

Deixar-se-ia de lado a estrutura típica dos crimes de lesão ou de perigo para justificar-se um Direito penal de simples controle do comportamento, o que possibilitaria ainda maior antecipação da incidência da norma penal e de suas consequências¹³².

Além disso, STRATENWERTH considera que cabe ao Direito penal proteger, também, alguns tabus culturais ou normas de conduta elementares ainda quando não haja agressão a nenhum bem jurídico assim considerado, desde que

estrechos dentro de los cuales todavia puede pretender validez el modelo social de finales del siglo XVIII, un modelo en el cual se trataba sobre todo de liberar al individuo de las limitaciones del estado corporativo, en términos kantianos: de conectar la libertad del individuo con la libertad del resto. Este modelo social ya no puede servir como baremo en el que haya de verificar su legitimidad la legislación penal de una época totalmente distinta. Con esto quiero decir que el concepto de bien jurídico colectivo es prescindible. Por un lado, si la ley protege los intereses individuales más o menos consolidados de una pluralidad de sujetos, tal vez de un número indeterminado o puede que de todos, entonces no tenemos que crear ningún bien jurídico universal para justificar la norma penal (que naturalmente siempre puede tener más o menos sentido). Por otro lado, si lo que está en cuestión son decisiones normativas básicas que nos atañen a todos como colectividad, entonces debemos discutirlos como tales junto con las razones que puedan hablar a favor o en contra de su cobertura penal. Y eso deberíamos hacerlo sin el gravamen del dogma del bien jurídico”. STRATENWERTH, Günter. *La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos*. p. 371-372.

¹³⁰ “El medio ambiente no es un bien de esa clase, ni siquiera en sus elementos particulares, como tierra, aire y agua, y mucho menos lo es en los procesos, en los que él influye, como el clima, la evolución de plantas y animales, etc. En este caso cualquier fundamentación antropocéntrica queda demasiado estrecha y aun si ella fuera posible, no derivaría de ello ningún punto de apoyo para la cuestión decisiva de cuáles son las injerencias en la naturaleza – la cual ha sido explotada desde siempre por el hombre – o cuál es la medida de tales injerencias que deben ser admitidas, o bien, en caso contrario, cuales son las que deben ser excluidas, y, por ello, bajo ciertas circunstancias, también sancionadas penalmente”. STRATENWERTH, Gunter. *Derecho Penal*. Parte General I. p. 57. Contra este argumento, é interessante a objeção formulada por ROXIN, que assevera que não se trata de uma crítica à ideia de bem jurídico, pois basta que se adéque o conceito deste termo – de forma a abranger a proteção de gerações futuras – para que se resolva o problema e se continue a falar da tutela de bens jurídicos como função do Direito penal. Cf. ROXIN, Claus. *¿Es La protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* p. 456.

¹³¹ SIMÕES, Pedro Coelho. *A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna*. p. 304.

¹³² Neste sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. p. 141. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 106.

tais normas coincidam com determinado “consenso social em torno de não querer algo”. O mero consenso (expresso na Lei penal) seria suficiente para possibilitar a imposição de penas, posição esta que se afasta em muito do Direito penal do bem jurídico¹³³.

Luis GRACIA MARTIN, por sua vez, explica que a criminalidade organizada e transnacional, cometida em larga escala pelas classes mais abastadas numa sociedade de riscos, precisa de uma resposta penal que não pode ser dada de acordo com os princípios e garantias liberais¹³⁴.

Assim, partindo das premissas do materialismo histórico, propõe uma incisiva ruptura com o modelo de Direito penal liberal – cujas garantias e delineamentos, segundo ele, teriam sido criados para proteger a classe burguesa e neutralizar os grupos menos favorecidos economicamente – em favor de uma criminalização generalizada de *todas as conductas ético-socialmente reprováveis das classes poderosas*¹³⁵. Dessa forma, GRACIA MARTÍN consagra a expansão do Direito penal e propõe “*sua manutenção como adequada ao Estado Social e Democrático de Direito, como reflexo de uma legítima disputa pelo conteúdo material do Direito penal*”¹³⁶.

¹³³ É o que afirma Claus ROXIN: “En su última contribución sobre el tema, STRATENWERTH ha radicalizado su posición, admitiendo la suficiencia de consenso social en torno a ‘no querer algo’ como base de la tipificación penal. De este modo, se renuncia por completo al potencial crítico del principio de protección de bienes jurídicos. Pueden existir buenas razones para que los grupos sociales con influencia parlamentaria ‘no quieran algo’, como por ejemplo el fumar y el beber lesivos de la salud, la lectura de libros pornográficos o el libertinaje sexual. En un Estado libre, sin embargo, de lo anterior no se sigue que exista una razón suficiente para punir”. ROXIN, Claus. *¿Es La protección de bienes jurídicos una finalidad Del derecho penal?* p. 456. Neste aspecto, fica claro que o raciocínio de Gunter STRATENWERTH acaba por abrir a possibilidade de criminalização de condutas meramente ideológicas, antiéticas ou imorais, desde que quistas pela maioria parlamentária, o que se mostra reprovável por não oferecer ao Direito penal nenhuma espécie de limite.

¹³⁴ GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistencia*. p. 127.

¹³⁵ “Para que se produzca esta ruptura es necesario que la criminalización de conductas de las clases poderosas tenga una dimensión ‘totalizadora’, es decir, tiene que resultar fundado y estructurado un ‘sistema’ que clasifique en tipos criminales ordenados conforme a bienes jurídicos la totalidad del universo de acciones ético-socialmente reprobables y socialmente perjudiciales propias y características del sistema de acción de las clases poderosas; en concreto, toda la criminalidad material de las clases poderosas – incluso las acciones criminales que el orden jurídico formal reviste actualmente con el ropaje del derecho subjetivo y de la licitud – tiene que ser incorporada al discurso de criminalidad en un modo exactamente igual a como el Derecho penal liberal, mediante el instrumento definitorio del principio de legalidad, ha definido y clasificado efectivamente como criminales a la totalidad del universo de acciones propias y características del sistema de acción de las clases sociales subordinadas y excluidas tanto de la posesión, disposición y disfrute de los bienes protegidos penalmente frente a ella, como del poder de hablar en el discurso de la criminalidad con competencia y, por lo tanto, con capacidad de resolución para definir a la criminalidad en el orden del discurso”. Idem. p. 195-196.

¹³⁶ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 107.

Jorge de FIGUEIREDO DIAS ainda insere nesta primeira linha de pensamento, que recepciona sem restrições o “novo” Direito penal, autores como Malcolm FEELEY e Jonathan SIMON, importantes representantes da corrente de pensamento denominada “*Actuarial Justice*”, hoje bastante difundida nos Estados Unidos da América¹³⁷. Segundo o autor português, esta linha de pesquisa “*investiga a possibilidade de levar ainda mais longe o dogma da razão técnico instrumental sob a forma de uma razão calculadora ou actuarial*”¹³⁸. Trata-se de uma corrente de pensamento segundo a qual o Direito penal deveria se voltar claramente para a eficiência do sistema de neutralização e prevenção de riscos globais inerentes ao crime segundo cálculos atuariais, pouco importando a relação que esta nova modalidade de Direito criminal teria com os conceitos de bem jurídico, culpabilidade individual ou responsabilidade penal subjetiva¹³⁹.

As críticas que se levantam contra essa primeira forma de pensar dão conta de que um Direito penal do risco, amplo e irrestrito como preconizado pelos autores aqui mencionados, possibilitaria o cometimento de arbitrariedades no campo do novo Direito penal, o que afrontaria os princípios do Estado Democrático de Direito. Nas palavras de BOTTINI, a liberação completa das “amarras” ao Direito penal, representadas pelos princípios da legalidade estrita, taxatividade, proteção de bens jurídicos definidos e culpabilidade, daria ensejo à utilização da pena mesmo quando desnecessária ou inútil¹⁴⁰.

1.3.2. A “Escola de Frankfurt” (Direito de Intervenção) e Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (Direito Penal de Duas Velocidades)

No outro extremo, em sentido contrário à utilização do Direito penal para neutralizar os perigos produzidos em escala global na sociedade de risco, tem-se a posição da “Escola de Frankfurt”, representada por autores como Winfried HASSEMER, Cornelius PRITTWITZ, Peter-Alexis ALBRECHT, Felix HERZOG e Wolfgang NAUCKE.

¹³⁷ FEELEY, Malcolm; SIMON, Jonathan. Actuarial Justice: The emerging new criminal law. In: *Crime and the risk society*. Pat O'Malley (org.). London: Ashgate Publishing, 1998. p. 375. Apud: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. p. 139.

¹³⁸ Idem. *ibidem*.

¹³⁹ Idem. *ibidem*.

¹⁴⁰ E continua o mesmo autor: “A liberação destas amarras criaria um sistema criminal excessivamente repressor e difuncional em relação à forma de organização do exercício do poder adotada pelas Constituições modernas”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 108.

Para essa corrente doutrinária, mesmo que se reconheça a existência da “sociedade de risco”, o Direito penal deve se restringir ao seu núcleo clássico, para continuar protegendo bens jurídicos eminentemente individuais – como a vida, a propriedade, a liberdade, etc. Segundo a “Escola de Frankfurt”, a intervenção penal para neutralizar grandes riscos e proteger os novos interesses coletivos acabará por criar efeitos colaterais (tais como a aplicação de penas injustas e desproporcionais, além da inversão da lógica do sistema penal do resultado e do bem jurídico¹⁴¹) que se afiguram ainda mais graves do que os benefícios por ela pretendidos¹⁴².

Esta linha de pensamento reconhece a envergadura dos riscos globalmente criados para o meio ambiente, para a economia e para a própria existência das futuras gerações. Segundo PRITTWITZ, nenhum integrante da “Escola” ignora que os riscos globais acarretam ameaças concretas para o planeta¹⁴³. Mas assevera este mesmo autor que o Direito penal é certamente o meio menos eficiente (e mais – desproporcionalmente – gravoso) para enfrentar os novos problemas contemporâneos. Até porque – diz ele –, a existência de um bem jurídico, por mais importante que seja, não é suficiente para autorizar o Estado a, de imediato, lançar mão de meios penais para a sua proteção¹⁴⁴.

¹⁴¹ “La renuncia al ‘dogma del injusto de resultado’ tiene el efecto extensivo de una casi completa subjetivización de la frontera del derecho penal de riesgo, hablando claro: el riesgo se traslada a la esfera del propio sujeto, está en ese peligro propio de la lesión de la norma de deber. Para superar las dificultades sistemáticas de los delitos de peligro abstracto, se renuncia a la tradición liberal de un derecho penal del resultado, establecido sobre la lesión del bien jurídico y orientado a las consecuencias jurídicas. Por el contrario, habría que promover que el derecho penal de riesgo encuentre sus límites allí donde el fundamento del injusto no sea solo la subjetivización propia de la lesión de un deber, porque una referencia al injusto de resultado no da para más”. HERZOG, Felix. *Límites al control penal de los riesgos sociales*, p. 325.

¹⁴² “¿Qué resultados, o posibles resultados, puede ofrecer un Derecho penal, cuyo perfil tal como se ha descrito, ha cambiado bajo el peso de estos nuevos cometidos? Mi diagnóstico y pronóstico es el siguiente: estas tareas lo sobrepasan. Los problemas de la sociedad moderna, que se desarrolla a todas luces de forma vertiginosa, y que aquí se han ejemplificado y singularizado mediante la ecología o la economía, quedan sin una respuesta que los resuelva cuando se traspasan generosamente al Derecho penal. Incluso cabe temer ocasionalmente efectos colaterales contraproducentes en la intervención del derecho penal, pues, dado que no se atajan las causas estructurales (...) que conducen al Derecho penal como solución, las pretendidas mejoras que en él se efectúan socaban paulatinamente su perfil constitucional”. E, mais adiante, segue o mesmo autor: “Ante esta vacilación entre las ‘alabanzas celestiales’ y la ‘aflicción mortal’, resulta más realista la perspectiva sociológica – y no jurídica, por desgracia – relativa al predominio de los efectos colaterales. Una Ciencia penal orientada a las consecuencias debe considerar al menos que también en el Derecho penal las buenas intenciones pueden originar malos resultados y que, además, es posible que las consecuencias inadvertidas predominen sobre las queridas”. PRITTWITZ, Cornelius. *Sociedad del riesgo y derecho penal*. p. 152-153 e 161-162.

¹⁴³ Idem. p. 158-159.

¹⁴⁴ Afinal, também, e principalmente, para a “Escola de Frankfurt” deve sempre vigorar o princípio da necessidade (ou carência) de tutela penal, sobre o qual se comentou no tópico 1.1.4 deste trabalho. Sobre este aspecto: “A la existencia de un bien jurídico debe añadirse la idoneidad de los instrumentos del Derecho penal, lo que se deriva de um principio tan unido al Estado de Derecho

É por essa razão que a “Escola de Frankfurt” rechaça a modernização do Direito penal, asseverando que esse ramo jurídico deveria se manter atrelado aos princípios e garantias liberais¹⁴⁵, não se afastando dos crimes de resultado e de concreta afetação de bens jurídicos individuais. A antecipação da punição para estágios anteriores à agressão do bem jurídico deveria, assim, ser deixada apenas para alguns (poucos e especiais) casos de “perigos graves e visíveis”¹⁴⁶.

Quanto aos bens jurídicos universais, HASSEMER admite que hoje nenhum Código Penal possa deles prescindir. A proposta da “Escola” é que tais bens sejam formulados da forma mais precisa possível – evitando-se abstrações demasiadas que esvaziem o termo de qualquer sentido –, bem como que sejam “funcionalizados pelos bens jurídicos individuais”. Em outras palavras, que os bens jurídicos coletivos tenham um referencial individual¹⁴⁷.

Por fim, talvez com base no que já dizia Gustav RADBRUCH acerca da evolução que o Direito penal deve tomar¹⁴⁸, os autores da “Escola de Frankfurt” asseveram que a proteção massiva dos bens jurídicos supraindividuais e a (tentativa de) neutralização dos riscos globalmente produzidos, principalmente no âmbito ambiental e econômico, devem ser deixados a cargo de um novo ramo jurídico. Para HASSEMER, os problemas do novo Direito penal devem, em verdade, deixar de ser problemas penais¹⁴⁹ para passarem a ser resolvidos por um “Direito de

como es el de proporcionalidad en sentido amplio, al que han de acomodarse todas las actuaciones del Estado y, por tanto, también el legislador penal”. Idem. p. 169.

¹⁴⁵ O que poderia ser alcançado se fossem observadas as seguintes premissas penais, listadas por HERZOG: “(a) Ningún delito de peligro sin la probabilidad de una lesión del bien jurídico; (b) Ninguna renuncia de sujeción del derecho penal del riesgo al injusto de resultado; (c) Ninguna subjetivización de la responsabilidad penal por el peligro a través de la idea de lesión del deber; (d) Ninguna equiparación y, sobre todo, ninguna renuncia de la atribución precisa e individual en interés del ‘sistema y de la dirección del comportamiento’”. HERZOG, Felix. *Op. cit.* p. 326.

¹⁴⁶ “A solução dos problemas do moderno Direito Penal preferida por mim, consiste em que se retire parcialmente a modernidade do Direito Penal. Isso significa, em primeiro lugar, uma redução do Código Penal a um ‘Direito Penal nuclear’ (*Kernstrafrecht*), sobre cujos limites deve-se discutir no caso isolado. Certamente pertencem a este Direito Penal todas as lesões aos bens jurídicos individuais clássicos, e pertencem a esse, também, os perigos graves e visíveis, como sempre conteve o nosso Código penal nos §§ 306 e seguintes; a formação de associações criminosas e subversões são exemplos de quais tipos de perigo um Direito Penal deve conter”. HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno Direito penal*. p. 156.

¹⁴⁷ Idem. Ibidem.

¹⁴⁸ Autor que chegou a afirmar que poderá ocorrer que “a evolução do Direito penal em outros períodos transcenda o Direito penal e que seu aperfeiçoamento não desemboque em Direito penal melhor, mas em um Direito de melhora ou de correção e prevenção, que seria melhor que o Direito penal, quer dizer, muito mais inteligente e muito mais humano”. RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. p. 246.

¹⁴⁹ “De maior importância é que os problemas, que mais recentemente foram introduzidos no Direito Penal, sejam afastados dele. O Direito dos ilícitos administrativos, o Direito Civil, o Direito Público e também o mercado e as próprias precauções da vítima são setores nos quais muitos problemas, que

Intervenção”¹⁵⁰, categoria que se encaixaria entre o Direito penal e o Direito administrativo. HASSEMER propõe, no fundo, a descriminalização das condutas punidas pelo Direito penal do risco econômico e ambiental, as quais passariam a ser disciplinadas por uma seara jurídica dotada de flexibilização de garantias e de regras de imputação (em comparação com o Direito penal clássico), mas ao mesmo tempo destituída da possibilidade de imposição de penas privativas de liberdade.

Por meio do “Direito de Intervenção”, e só por meio dele, é que seria possível buscar a tão almejada eficiência na neutralização dos novos riscos, utilizando-se de uma racionalidade preventiva (e não repressiva), inclusive com novas regras de imputação, generalizadas, que albergassem a prática de ilícitos por meio de pessoas jurídicas¹⁵¹.

As críticas à teoria de HASSEMER vão no sentido de que a formulação do “Direito de Intervenção” ainda não é madura o suficiente para poder ser aplicada. Tratar-se-ia, no máximo, de uma boa ideia, mas sem viabilidade prática, podendo inclusive levar a arbitrariedades – ainda que em âmbito extrapenal – em nome da neutralização dos riscos globais¹⁵². Ademais, SILVA SÁNCHEZ aduz que a criação do “Direito de Intervenção” equivaleria a aceitar a continuidade do Direito penal de classes, reservado apenas às camadas menos abastadas da população¹⁵³.

Este último autor, Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, propõe, então, o “Direito Penal de Duas Velocidades”.

Para o professor espanhol, a gravidade das penas privativas de liberdade acarreta que a sua aplicação só possa se dar na vigência dos direitos e garantias individuais liberais, próprios do Direito penal clássico. Assim, somente penas diferentes da de prisão é que seriam possíveis diante da flexibilização de regras de imputação e de princípios como a culpabilidade e a proteção de bens jurídicos.

O Direito penal do risco – principalmente no âmbito econômico –, que tem

o moderno Direito Penal atraiu para si, estariam essencialmente melhores (sic) tutelados”. HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno Direito penal*. p. 156.

¹⁵⁰ “Recomenda-se regular aqueles problemas das sociedades modernas, que levaram à modernização do Direito penal, particularmente, por um ‘Direito de Intervenção’, que esteja localizado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público, que na verdade disponha de garantias e regulações processuais menos exigentes que o Direito Penal, mas que, para isso, inclusive, seja equipado com sanções menos intensas aos indivíduos. tal Direito ‘moderno’, seria não só normativamente menos grave, como seria também faticamente mais adequado para acolher os problemas especiais da sociedade moderna”. HASSEMER, Winfried. *Características e crises do moderno Direito penal*. p. 156.

¹⁵¹ HASSEMER, Winfried. *Três Temas de Direito Penal*. p. 95-96.

¹⁵² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 102.

¹⁵³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 187.

por característica a antecipação da punição para estágios anteriores à agressão de bens jurídicos, deveria ser dotado apenas de sanções pecuniárias, privativas de Direitos ou de reparação penal. A lógica é simples: se sofrem relativização os princípios de garantia e as regras de imputação do Direito clássico, então a consequência penal, nestes casos, também deve ser automaticamente abrandada.

Do contrário, enquanto aos ilícitos penais (socioeconômicos) de risco forem cominadas penas privativas de liberdade, *“não cabe outra coisa senão considerá-los incursos no núcleo intangível do Direito Penal e, como princípio, rechaçar qualquer intento de flexibilizar nesse âmbito regras de imputação ou princípios de garantia”*¹⁵⁴.

Daí a nomenclatura usada pelo autor: o Direito penal, segundo sua proposta, seria então dividido entre um de “penas de prisão” e outro de “penas alternativas à prisão”. No primeiro, rigidez total de princípios (materiais e processuais) e proteção de bens jurídicos individuais por meio de delitos de lesão e resultado; no segundo, flexibilização de regras de imputação e princípios, bem como a proteção de bens jurídicos supraindividuais por meio de delitos de perigo abstrato ou “presumido” (inclusive por meio de *crimes de acumulação*)¹⁵⁵.

Como se pode ver, SILVA SÁNCHEZ, assim como a “Escola de Frankfurt”, propõe o afastamento da pena de prisão para o Direito penal de risco. Mas suas propostas não são idênticas: enquanto HASSEMER preconiza que os “novos problemas” devem ser resolvidos por um novo ramo jurídico, estranho ao Direito penal, SILVA SÁNCHEZ assevera que a sanção aos ilícitos de perigo (ainda que diversa da pena de prisão) deverá continuar sendo imposta por instâncias judiciais *penais*, de modo a se preservar (na medida do possível) os elementos de *“estigmatização social e de capacidade simbólico-comunicativa próprios do Direito Penal”*¹⁵⁶. Diante da superior dimensão comunicativa do Direito Penal, que se dá principalmente pela persecução pública de infrações, é que SILVA SÁNCHEZ¹⁵⁷

¹⁵⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 190.

¹⁵⁵ “(...) pode-se assumir resignadamente a expansão – já produzida – do Direito Penal até os ilícitos de acumulação ou perigo presumido, isto é, a condutas distanciadas da criação de um perigo real para bens individuais (e inclusive supraindividuais, desde que concebidos com um mínimo rigor). Mas a admissão da *razoabilidade* dessa segunda expansão, que aparece acompanhada dos traços de flexibilização reiteradamente aludidos, exigiria inevitavelmente que os referidos ilícitos não recebessem penas de prisão. À medida que essa exigência não vem sendo respeitada pelos ordenamentos jurídicos de diversos países, até o momento, a expansão do Direito Penal carece, em minha opinião, da requerida razoabilidade político-jurídica”. *Idem.* p. 192.

¹⁵⁶ *Idem.* p. 191.

¹⁵⁷ *Idem.* p. 184.

afirma que a criação de um subsistema *penal* menos gravoso seria mais eficiente, desde um ponto de vista coercitivo, do que a criação de um Direito de Intervenção, mais próximo do Direito administrativo.

A crítica que se coloca à concepção de SILVA SÁNCHEZ é a de que seriam deixadas de fora do âmbito de incidência das penas de prisão – logo as sanções que supostamente carregariam maior eficácia preventiva – precisamente aquelas condutas mais potencialmente lesivas aos interesses globais na sociedade de risco. Além disso, a divisão do Direito penal em dois setores poderia, a médio prazo, fazer com que a “periferia” invadisse o “cerne” da lógica criminal, fazendo com que a falta de garantias se tornasse a regra em todo o Direito criminal¹⁵⁸.

1.3.3. Funcionalismo sistêmico e Direito penal do inimigo: JAKOBS

Paulo César BUSATO¹⁵⁹ e Enrique BACIGALUPO¹⁶⁰ explicam que a superação dos postulados teóricos do finalismo penal, aliada à constatação de que o sistema formal-ontológico da teoria finalista levava em regra a soluções formalmente satisfatórias, mas, por vezes, manifestamente injustas e incoerentes, fez com que a ciência penal, desde a década de 1970, retomasse os elementos do neokantismo em busca de uma nova fundamentação material para o sistema penal e para a própria aplicação da pena. O formalismo finalista, a partir daí, cede ao normativismo, caracterizado por categorias não condicionadas pela estrutura ontológica do objeto da norma.

É assim que o Direito penal, transpondo o formalismo de Hans WELZEL e sua Escola, abre as portas para um sistema axiológico (ao invés de puramente formal-ontológico), que passa a se preocupar com os valores que fundamentam o Direito penal de acordo com teorias relativas – e não mais absolutas – da pena¹⁶¹. A

¹⁵⁸ Neste sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. p. 148.

¹⁵⁹ BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. p. 187-192.

¹⁶⁰ BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*. Tomo I. p. 300-305.

¹⁶¹ “Es preciso destacar (...) que la revisión del sistema dogmático del finalismo coincide con una revisión de la teoría de la pena del mismo. La dogmática ontologicista [finalista] está vinculada a una teoría absoluta de la pena, es decir, una teoría de la pena en la que ésta – siguiendo básicamente el modelo de KANT – no persigue, en principio, ningún fin (preventivo), pues ello sería contrario a la *dignidad de la persona* que sufre la pena, pues esta sería utilizada como un medio y no sería, por lo tanto, considerada como un fin. En sus formulaciones modernas, como la de Welzel, de todos modos, las concepciones de la pena basadas en la justa retribución debieran renunciar a la imperativa retribución penal de toda culpabilidad y limitar la pena a la necesidad del mantenimiento del orden de la comunidad. Por el contrario, una teoría relativa de la pena, que persigue determinados fines

pretensão de solução geral e formal dos problemas penais, própria do finalismo, dá lugar a certa abertura sistemática orientada a valores voltados aos objetivos procurados por meio da aplicação do Direito penal¹⁶².

A essa nova tendência, de abertura axiológica intimamente vinculada à função que se atribui à pena e ao Direito penal como um todo, convencionou-se chamar *funcionalismo penal*, o qual, por sua vez, divide-se em dois grupos principais: o funcionalismo sistêmico e o funcionalismo teleológico. Do segundo cuidar-se-á no tópico seguinte.

A corrente sistêmica é representada principalmente por Günther JAKOBS, que estrutura suas ponderações sobre a teoria sociológica de Niklas LUHMANN. Trata-se de um raciocínio segundo o qual a função do Direito penal é precipuamente estabilizar normas sociais de conduta para o fim de manter a validade do ordenamento jurídico, que é colocada em crise quando um crime é cometido¹⁶³. Para JAKOBS, o Direito penal não serve para a proteção de bens jurídicos, até porque “a sociedade não é uma instituição para preservação, nem mesmo para maximização de bens; pelo contrário, o que existe é o sacrifício de bens para possibilitar o contrato social (o qual, por sua vez, certamente pode ser designado bem)”¹⁶⁴.

Para esta corrente, a pena cumpre uma principal função de prevenção

preventivos, requiere una teoría del delito de categorías normativamente orientadas, pues debe comprobar si los hechos reales merecen la aplicación de la pena según las finalidades de ésta”. Idem. p. 303.

¹⁶² “Já não se trata de aplicar o sistema de imputação tendo como único objetivo o enquadramento do fato no sistema, gerando uma realidade de imputação imutável e presumivelmente verdadeira. Trata-se, melhor, de partir das funções que cumpre ou que deve cumprir o Direito penal para, através delas, determinar a configuração dos elementos que compõem a teoria do delito. A construção do sistema de imputação não deve vincular-se a pressupostos metodológicos extraídos de dados ontológicos como a ação ou a relação de causalidade, e sim afinar-se às missões que se atribui, ou que se pretende alcançar através da aplicação do próprio sistema aos casos concretos. Ocorre aqui uma ampliação do nível de exigência da capacidade de rendimento de cada uma das categorias do delito, no sentido de que estejam orientadas coincidentemente à consecução dos objetivos gerais do próprio sistema de imputação. A esta tendência denominou-se funcionalismo”. BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. p. 191.

¹⁶³ “La prestación que realiza el Derecho penal consiste en contradecir a su vez la contradicción de las normas determinantes de la identidad de la sociedad. El Derecho penal confirma, por tanto, la identidad social. El delito no se toma como principio de una evolución ni tampoco como suceso que deba solucionarse de modo cognitivo, sino como comunicación defectuosa, siendo imputado este defecto al autor como culpa suya. Dicho de otro modo, la sociedad mantiene las normas y se niega a entenderse a sí misma de otro modo. En esta concepción, la pena no es tan sólo un medio para mantener la identidad social, sino que ya constituye ese mantenimiento mismo. Ciertamente, puede que se vinculen a la pena determinadas esperanzas de que se produzcan consecuencias de psicología social o individual de muy variadas características, como, por ejemplo, la esperanza de que se mantenga o solidifique la fidelidad al ordenamiento jurídico. Pero la pena ya significa algo con independencia de estas consecuencias: significa una autocomprobación”. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. p. 18.

¹⁶⁴ JAKOBS, Günther. *Tratado de Direito penal*. p. 76.

geral positiva: garantir a lealdade da sociedade ao Direito, bem como restabelecer a confiança da população na existência e na validade do ordenamento jurídico, que, segundo JAKOBS, são colocadas em dúvida por meio da infração penal¹⁶⁵.

Trata-se de um funcionalismo *extremo*, pois coloca a própria existência e manutenção do corpo normativo estatal como centro das atenções do Direito penal e como objeto de proteção deste.

Com isso, JAKOBS acaba por fundamentar um modelo de sistema penal que não impõe nenhum conteúdo material genuíno às normas penais, nenhum padrão crítico de validade, externo ao sistema. Sua concepção resulta na legitimação de um Direito penal que não visa à proteção de bens jurídicos essenciais à vida em sociedade¹⁶⁶, e sim à manutenção e reprodução do funcionamento do corpo social, tal como formalmente idealizado, qualquer que seja a sua configuração¹⁶⁷. A razão é eminentemente instrumental: cabe ao Direito penal tão somente oferecer as ferramentas para a solução de conflitos que coloquem em dúvida a validade e a extensão da norma desrespeitada pelo autor do delito^{168/169}.

Ou seja, o modelo penal de JAKOBS é “neutro” em relação ao sistema social ao qual se aplica. Sua única função é resolver eventuais “disfuncionalidades” que surgem do desrespeito das normas sociais de conduta¹⁷⁰. Trata-se de um

¹⁶⁵ Neste sentido: CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal*. p. 189. Da mesma forma: BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y Práctica del Derecho Penal*. Tomo I. p. 307.

¹⁶⁶ “A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia de normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma dada e na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. Por isso – contrariando, porém, a linguagem usual – pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais ante a decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática; na sequência, esse bem será denominado bem jurídico-penal. Ao utilizar o conceito dessa forma, a forte vinculação às normas penais pode surpreender, pois os bens também podem ser definidos sem esse desvio normativo, nomeando-se aquilo que o agente destruiu – pelo menos no caso de crime de dano no sentido material – vida, saúde, propriedade, podendo-se relegar, por enquanto, a questões sobre se os objetos mencionados devem ser bens, por si mesmos ou por sua utilidade, para a pessoa ou para a sociedade. tampouco se deve questionar se é razoável chamar tais objetos de bens, pois se trata de bens valorados positivamente e, portanto, constituem ‘bens’ para aqueles que os valoram”. JAKOBS, Günther. *Os dilemas do Direito penal*. p. 9-10.

¹⁶⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 108-109.

¹⁶⁸ CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de política criminal*. p. 170.

¹⁶⁹ O apego desta teoria à validade da norma infringida por meio do crime é tamanha que Enrique BACIGALUPO afirma que o sistema de JAKOBS eleva esta validade normativa à própria categoria de bem jurídico-penal. Isso demonstra o quão fechado (ou “autopoietico”, “autorreferencial”) se apresenta o modelo aqui em análise: o Direito penal pode, segundo este protótipo, olhar apenas para o sistema jurídico em si mesmo considerado. Neste sentido: BACIGALUPO, Enrique. *Teoría y práctica del derecho penal*. Tomo I. p. 306.

¹⁷⁰ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. p. 20. E, mais adiante, continua o mesmo autor: “Precisamente la causa de la evidente contingencia de estas normas, es decir, la causa de —*sit vênia verbo*— la indemostrabilidad de la voluntad correcta

protótipo acrítico, que não se importa com o conteúdo da norma penal (se de caráter totalitário ou se consentânea com princípios plurais e democráticos), mas sim com o grau da “disfuncionalidade” gerada pela sua infração e com as formas de restabelecer a validade do ordenamento.

A pretensa “neutralidade” do Direito penal é demonstrada pelo próprio JAKOBS, que assevera que não é papel deste ramo jurídico (ou melhor, da dogmática penal) cuidar do conteúdo material das normas incriminadoras, da legitimidade ou não da expansão do Direito penal, da essência das normas que compõem o sistema punitivo. Tais questões seriam, em seu pensar, eminentemente políticas – e não jurídicas –, de modo que ao Direito penal cumpre tão somente oferecer instrumentos para a manutenção e reprodução do sistema social por meio da validade do seu corpo normativo¹⁷¹.

É precisamente este elemento do modelo penal de JAKOBS que faz com que o funcionalismo extremado, aqui em exame, justifique e legitime a expansão do Direito penal na sociedade globalizada, uma vez que a antecipação da punição para estágios de mero risco seria condizente com as expectativas normativas sociais, que anseiam pela eliminação de fontes de perigo em busca de maior segurança¹⁷².

Especificamente no que tange aos novos desafios colocados ao Direito penal contemporâneo, Günther JAKOBS propõe – ou, pelo menos, aceita como natural – a existência de dois modelos penais paralelos: o “Direito penal do cidadão” e o “Direito penal do inimigo”. Sua orientação tem sido a de aceitar a naturalidade e legitimidade de um Direito penal diverso do Direito penal clássico, que, como se sabe, é marcado pelas garantias individuais (processuais e materiais) do cidadão frente ao Estado, conquistadas nos últimos séculos.

en relación con las normas jurídicas, y también morales, su vigencia ha de garantizarse de otro modo, precisamente a través de una sanción. En el caso de las normas jurídico-penales, por tanto, a través de una pena impuesta en un procedimiento formal. Desde el final del Derecho natural, la pena ya no se impone a sujetos irracionales, sino a sujetos refractarios. *La sanción contradice el proyecto del mundo del infractor de la norma: éste afirma la no-vigencia de la norma para el caso en cuestión, pero la sanción confirma que esa afirmación es irrelevante*. Idem. p. 28.

¹⁷¹ “Si realmente la sociedad está inmersa en una tendencia hacia la disminución de los derechos de libertad”, esta tendencia no se dará exclusivamente en el Derecho penal, y de hecho cabe imaginar ciertas crisis en las que sólo una tendencia de este tipo puede ofrecer una *ultima ratio*. La decisión acerca de si se trata de un proceso de criminalización excesivo e innecesario, o, por el contrario, de la necesaria defensa de lo nuclear es puramente política, pero no jurídico-penal. Ciertamente, la ciencia del Derecho penal puede evidenciar que es lo que aportarán exactamente las nuevas regulaciones legales y qué de lo aportado ha de considerarse, conforme a la valoración establecida, como algo positivo o como algo perjudicial. *Pero es impotente frente a los cambios políticos de valores, y no puede optar en favor de los cambios políticos de valores*. JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. p. 40-41.

¹⁷² BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 109.

O *Direito penal do inimigo*, como seria chamado este novo Direito penal, seria um mal necessário para o combate da criminalidade organizada – termo que abarcaria o terrorismo, o tráfico internacional de armas e drogas, os crimes econômicos, etc. O Direito penal do inimigo surgiria como um importante instrumento para dar respostas aos desafios trazidos pela sociedade globalizada de risco, dado o caráter institucional dos “crimes invisíveis” da contemporaneidade.

Para defender esta tese, JAKOBS¹⁷³ tem se baseado na diferenciação operada por Thomas HOBBS entre cidadão e inimigo.

O cidadão é aquele indivíduo que aceita a submissão ao poder do Estado. Quando comete um crime, isolado e esporádico, este desvio de comportamento não tem a capacidade de comprometer a soberania estatal. A pena, nestes casos, se encarregaria de reafirmar a validade da norma e regularizar a “disfuncionalidade” daí decorrente. Já o inimigo é aquele que oferece risco à própria manutenção do Estado como instituição, como ordem normativa, pois se dedica à prática reiterada de atos criminosos que desafiam a autoridade do poder central. O inimigo representaria aquela espécie de criminoso que comete, no dizer de HOBBS¹⁷⁴, “alta traição” ao poder estatal, de modo a não oferecer ao ente central um mínimo de *garantias cognitivas* para que possa ser tratado como cidadão. Por este motivo, seria possível ao Estado destituir este tipo de indivíduo de seu *status* de cidadão e, com isso, retirar-lhe todas as garantias penais e processuais daí decorrentes.

A diferença entre cidadão e inimigo está na postura que determinada pessoa adota frente ao poder Estatal. Inimigo é aquele que reiteradamente se coloca em oposição às normas penais, desafiando o poder estatal por meio de comportamentos duradouros, por opção de vida e, com isso, oferecendo verdadeiro perigo ao Estado e à validade da ordem normativa. É aquele que, por tudo isso,

¹⁷³ “Nominalmente, [Hobbes] é (também) um teórico do contrato social, mas materialmente é, preferentemente, um filósofo das instituições. Seu contrato de submissão – junto a qual aparece, em igualdade de Direito (!), a submissão por meio da violência – não se deve entender tanto como um contrato, mas como uma metáfora de que os (futuros) cidadãos não perturbem o Estado em seu processo de auto-organização. De maneira plenamente coerente com isso, Hobbes, em princípio, mantém o delinquente, em sua função de cidadão: o cidadão não pode eliminar, por si mesmo, seu *status*. Entretanto, a situação é distinta quando se trata de uma rebelião, isto é, de alta traição: ‘Pois a natureza deste crime está na rescisão da submissão, o que significa uma recaída no estado de natureza... E aqueles que incorrem em tal delito não são castigados como súditos, mas como inimigos’”. JAKOBS, Günther; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. p. 26 e ss.

¹⁷⁴ “Hobbes despersonaliza o réu de alta traição: pois também este nega, por princípio, a constituição existente. Por conseguinte, Hobbes e Kant conhecem um Direito penal do cidadão – contra pessoas que não delinquem de modo persistente por princípio – e um Direito Penal do inimigo contra quem se desvia por princípio”. Idem. p. 28.

merece deixar de ser cidadão para voltar ao estado de natureza, onde não existe Direito, muito menos Direito penal.

Exatamente esta diferenciação entre cidadão e inimigo é que permite JAKOBS afirmar que “o *Direito penal do cidadão mantém a vigência da norma, o Direito penal do inimigo (em sentido amplo: incluindo o Direito das medidas de segurança) combate perigos*”¹⁷⁵. Ou seja, a própria teoria de HOBBS autorizaria legitimar a existência de “dois Direitos penais”: um para o cidadão, que pode até cometer crimes isolados, mas que com isso não oferece riscos à formação e manutenção do Estado como instituição; outro para o inimigo, que verdadeiramente oferece perigo para a manutenção da ordem, do ordenamento e das instituições.

Assim, ao cidadão o Direito penal clássico, marcado pelas garantias oriundas do iluminismo penal; ao inimigo, um Direito penal “flexibilizado”, mais simbólico e instrumental – sempre em favor da prevenção geral positiva – e voltado a exterminar o perigo e o elemento perigoso. Consequentemente, ao cidadão, a pena, ao inimigo, um ato de coação e hostilidade¹⁷⁶, que não encontra necessariamente sua fundamentação em uma (ou várias) das funções tradicionalmente atribuídas à sanção criminal – retribuição, prevenção especial ou prevenção geral.

É por isso que JAKOBS diz que este novo Direito penal não se ocupa de punir atos já cometidos, e sim de evitar perigos cuja produção é iminente e se dá por meio de pessoas que não se encaixam tecnicamente no conceito de “pessoa” ou “cidadão”. Trata-se de um Direito penal que se volta eminentemente para a neutralização de riscos futuros, portanto¹⁷⁷.

¹⁷⁵ Idem. p. 29.

¹⁷⁶ “As punições previstas em Lei são para os súditos, não para os inimigos. Por renunciar ao pacto geral de obediência, o inimigo demonstra que não está disposto a observar as Leis da natureza ou as Leis civis. E se não está sujeito à Lei, não tem Direito à punição nela estabelecida”. GOMES. Marcus Alan de Melo. *Hobbes, Direito penal do inimigo e Estado de Direito*. p. 86.

¹⁷⁷ “(...) o legislador está passando a uma legislação – denominada abertamente deste modo – de luta, por exemplo, no âmbito da criminalidade econômica, do terrorismo, da criminalidade organizada, no caso dos ‘delitos sexuais e outras infrações perigosas’, assim como, em geral, no que tange aos ‘crimes’. Pretende-se combater, em cada um destes casos, a indivíduos que em seu comportamento (por exemplo, no caso dos delitos sexuais), em sua vida econômica (assim, por exemplo, no caso da criminalidade econômica, da criminalidade relacionada com as drogas e de outras formas de criminalidade organizada) ou mediante sua incorporação a uma organização (no caso do terrorismo, na criminalidade organizada, inclusive já na conspiração para delinquir, § 30 StGB) se tem afastado, provavelmente, de maneira duradoura, ao menos de modo decidido, do Direito, isto é, que não proporciona a garantia cognitiva mínima necessária a um tratamento como pessoa. A reação do ordenamento jurídico, frente a esta criminalidade, se caracteriza, de modo paralelo à diferenciação de Kant entre estado de cidadania e estado de natureza (...), pela circunstância de que não se trata, em primeira linha, da compensação de um dano à vigência da norma, mas da eliminação de um perigo: a

É assim que toda a flexibilização moderna de regras de imputação, bem como a antecipação da punição para estágios anteriores a qualquer dano para interesses individuais ou coletivos¹⁷⁸, pode ser legitimada por esta corrente de pensamento sem nenhuma crítica ou reserva. Afinal, para o enfrentamento dos “*crimes of the powerful*”, que marcam a criminalidade globalizada de risco, nada melhor do que uma doutrina que, na prática, justifica – ou pelo menos tolera – um modelo de Direito penal eficiente, que autoriza a punição antecipada do inimigo gerador dos riscos globais retirando-lhe o próprio *status* de cidadão¹⁷⁹.

As críticas ao funcionalismo sistêmico são evidentes. Não se pode concordar que o Direito penal tenha como única finalidade proteger, de maneira absolutamente neutra, o próprio ordenamento jurídico (qualquer que seja ele, democrático ou não). Essa concepção, fechada na ideia de “prevenção geral positiva”, de “lealdade ao Direito”, em verdade, evidencia uma “*pretensão de determinação do comportamento conforme a norma, muito mais próximo da intenção de uma regulação moral do que jurídica, com tintas nitidamente totalitárias*”¹⁸⁰.

O Direito penal, pelo contrário, presta-se para proteger bens jurídicos indispensáveis à vida social em um Estado Democrático de Direito assim delineado

punibilidade avança um grande trecho para o âmbito da preparação, e a pena se dirige à segurança frente a fatos futuros, não à sanção de fatos cometidos. JAKOBS, Günther; CANCIO, MELIÁ, Manuel. *Direito penal do inimigo*. p. 33-34.

¹⁷⁸ Marcus Alan de Melo GOMES, citando Luiz Flávio Gomes e Alice Bianchini, ensina que o Direito penal do inimigo é marcado por algumas características, como a mitigação do princípio da legalidade estrita, pela criação de crimes que não tutelam bens jurídicos, e, principalmente, por “uma antecipação da tutela penal, que passa a incidir em momentos que precedem ao da efetiva lesão ao bem jurídico. Há uma proliferação de tipos penais que punem atos preparatórios de condutas verdadeiramente lesivas ao bem jurídico, e que tomam por referência o abandono permanente do Direito pelo inimigo, e a ameaça que ele representa, pela falta de segurança cognitiva de seu comportamento futuro”. Além disso, o Direito penal do inimigo caracteriza-se “**pela inobservância da proporcionalidade da resposta penal, mediante cominação de penas muito elevadas para a gravidade do fato e para a culpabilidade do agente. Essa desproporcionalidade se manifesta em dois instantes: primeiro, na criminalização de condutas no âmbito prévio, em que a punibilidade dos atos preparatórios é equiparada à dos atos consumados ou tentados, pois não incide, naqueles, qualquer redução de pena; segundo, no incremento das penas aplicadas aos agentes que pertencem a organizações, e pelo simples fato de a elas pertencerem, sem que essa agravação tome em conta o comportamento concreto do autor na organização, e o grau de sua culpabilidade (...)**”. GOMES, Marcus Alan de Melo. *Op. cit.* p. 79-81.

¹⁷⁹ “A ordem do dia é combater o delinquente que dispõe de recursos para obstaculizar a repressão penal, aquele que está envolvido com a criminalidade organizada, o narcotráfico, a criminalidade econômica e tributária, a delinquência ambiental, a corrupção, a violência familiar e de gênero, etc. Esse não é mais o Direito penal do delinquente frente ao Estado, frente ao Leviatã. É o Direito penal da vítima – quem quer que seja ela – contra os poderosos. Não pretende ele estabelecer os limites da intervenção estatal na vida do criminoso desprotegido e miserável socialmente, mas sim funcionar como instrumento de proteção social contra a criminalidade organizada. E assim se forja um Direito penal que não precisa ser mínimo nem garantista. Basta-lhe convencer que promoverá a defesa social, e, para tanto, os fins justificarão todos os meios”. *Idem.* p. 95.

¹⁸⁰ BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. p. 195.

constitucionalmente. Não é neutro, e nunca será.

Em relação ao Direito penal do inimigo, tal teoria não passa de um retrocesso ao Direito penal de autor, que persegue pessoas ao invés de crimes¹⁸¹. Não se pode aceitar que o Estado altere regras e princípios penais e processuais de acordo com o “tipo de investigado” em determinado caso. Garantias são para todos, até mesmo para que um “cidadão”, eventualmente confundido com um “inimigo” pelas instâncias de repressão, possa demonstrar este seu *status*¹⁸². Tal teoria é tão perigosa que o próprio JAKOBS assevera que “o *Direito penal de inimigos (...) tem que ser separado do Direito penal de cidadãos de um modo tão claro que não exista perigo algum para que possa se infiltrar por meio de uma interpretação sistemática, ou por analogia ou por qualquer outra forma no Direito penal de cidadãos*”¹⁸³.

Ademais, o termo “*Direito penal do inimigo*” configura verdadeira contradição em termos, pois no Estado de natureza (em que se encontraria o “inimigo”) não existe *Direito* penal propriamente dito, muito menos na teoria de Thomas HOBBS¹⁸⁴.

1.3.4. O Funcionalismo teleológico

O funcionalismo teleológico, representado por autores como Claus ROXIN e Jorge de FIGUEIREDO DIAS, também atribui à pena fins preventivos, inclusive de caráter geral positivo (ou de “afirmação da vigência da norma”)¹⁸⁵. Todavia, à

¹⁸¹ Para demonstrar as teorias que compõem o Direito Penal de autor, v. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia*. p. 169-242.

¹⁸² Em sentido similar: BUSATO, Paulo César. *Quem é o inimigo, quem é você?* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais. vol. 66, 2007, p. 315-371.

¹⁸³ JAKOBS, Günther. *Fundamentos do Direito penal*. p. 143.

¹⁸⁴ Exatamente porque o Direito, mesmo em Hobbes, só existe dentro do Estado, e pelo fato de o Direito penal do inimigo ser “Direito” mesmo em Jakobs, é que CÂNCIO MELIÁ afirma que “*Direito penal do cidadão* é um pleonismo; *Direito penal do inimigo* é uma contradição em termos”. JAKOBS, Günther; CÂNCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo*. p. 74.

¹⁸⁵ Neste sentido, afirma Paulo César BUSATO que “para Roxin, o Direito penal é instrumento de *ultima ratio*, associado à proteção de bens jurídicos fundamentais ao desenvolvimento social do indivíduo. Daí decorre a necessidade de associação da fundamentação das categorias do delito a um fundamento material de ofensa ao bem jurídico. De outro lado, para Roxin a pena cumpre uma dupla função: preventiva geral, aí entendida a perspectiva positiva limitadora, ou seja, a função de gerar o efeito afirmativo da permanência de proteção ao bem jurídico através da afirmação da continuação da vigência da norma turbada, e de prevenção especial, associada à ideia de ressocialização, ou pelo menos de controle da possível dessocialização”. BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. p. 192-193. Para FIGUEIREDO DIAS, a finalidade visada pela pena há de ser a tutela necessária de bens jurídicos no caso concreto, mas num significado prospectivo (e não retrospectivo), traduzido pela necessidade de tutela da confiança e das expectativas da comunidade na manutenção da vigência da norma violada. Com ela, busca-se a tutela de bens jurídicos por meio

diferença do que preconiza JAKOBS, esses fins ficariam sempre limitados pela ideia da proteção de bens jurídicos, e subordinados aos princípios de subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal¹⁸⁶.

É assim que o funcionalismo teleológico supera a neutralidade e a lógica meramente utilitária do funcionalismo extremado de JAKOBS, pois o Direito penal não se prestaria à formal reprodução e manutenção de qualquer sistema social. Sua finalidade é voltada à manutenção dos bens jurídicos constitucionais indispensáveis à livre convivência em sociedade.

De acordo com essa forma de pensar, o Direito penal contemporâneo deve ser lido à luz do conceito central de bem jurídico. A questão fica adstrita, portanto, a saber se os crimes de perigo abstrato (inclusive os delitos de acumulação), próprios da sociedade contemporânea de risco, podem integrar um Direito penal que se volte unicamente à tutela desse elemento.

Há que se dizer que bens jurídicos coletivos sempre existiram; não configuram uma inovação do Direito penal globalizado. Os crimes de moeda falsa e falso testemunho, por exemplo, sempre integraram os ordenamentos dos mais

do restabelecimento da paz jurídica comunitária abalada pelo crime. A isso, o autor denomina prevenção geral positiva, ou de integração. Neste sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. p. 79.

¹⁸⁶ Segundo ROXIN, a prevenção geral fica legitimada quando se lê o Direito penal a partir da finalidade de proteção subsidiária de bens jurídicos. Neste caso, fica contido o poder de punir, o que retira a periculosidade da teoria pura da prevenção geral. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. p. 31-32. Mais adiante, continua o mesmo autor: “A aplicação da pena serve para a proteção subsidiária e preventiva, tanto geral como individual, de bens jurídicos e de prestações estatais, através de um processo que salogue a autonomia da personalidade e que, ao impor a pena, esteja limitado pela medida da culpa. Pode ver-se que assim se conserva o princípio da prevenção geral, reduzido às exigências do Estado de Direito e completado com as componentes da prevenção especial da sentença, mas que, simultaneamente, através da função limitadora dos conceitos de liberdade e culpa, e em consonância com a nossa Lei fundamental, se desvanecem as observações que se opõem a que aquele princípio seja levado em conta na graduação da pena”. ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito penal*. p. 40. No mesmo sentido: “A Jakobs se fica devendo a fórmula segundo a qual a finalidade primária da pena reside na estabilização contrafática das expectativas comunitárias na validade da norma violada. Para Jakobs, porém, esta função estabilizadora da pena seria coisa diferente da função de proteção de bens jurídicos: esta última não caberia, ao menos de forma primordial, ao Direito penal, por isso que “a sociedade não é nenhuma instância para a conservação e muito menos para a maximização de bens”. (...) Pese à identidade de formulações, é toda uma outra, neste ponto, a nossa concepção. Função social primária do Direito penal é, na verdade, a tutela subsidiária de bens jurídicos, sendo a ideia da estabilização das expectativas comunitárias apenas uma forma de tradução, segundo a função, daquela ideia essencial no plano da confiança comunitária na validade do seu sistema normativo de proteção. Num sentido próximo ao nosso se exprime Alcácer Guirao: “o fim do Direito penal radica essencialmente na proteção de bens jurídicos e só secundariamente na proteção de vigência da norma – fins intimamente vinculados do ponto de vista funcional”. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. p. 80.

diversos países há séculos. Sua legitimidade é inegável¹⁸⁷. Até porque, se bens jurídicos são valores indispensáveis à “convivência em sociedade” num modelo de Estado *Social*, resta claro que neste conceito deverão ser inseridos interesses coletivos tais como a higidez da administração pública e o equilíbrio da ordem econômica e do meio ambiente¹⁸⁸. Sempre, é claro, que respeitado o critério da carência de tutela penal em cada caso.

Para enfrentar o Direito penal da sociedade de risco, FIGUEIREDO DIAS trabalha com o conceito de “bens jurídicos coletivos”, para o qual não importa se o interesse em questão ostenta ou não um referencial individual¹⁸⁹. Segundo esse autor, o Direito penal do bem jurídico continua a ter perfeita vigência na contemporaneidade, desde que se lide com a ideia de bem jurídico coletivo em sentido lato, com o que ao lado dos bens jurídicos individuais (ou supraindividuais dotados de referente individual), e ao mesmo nível de exigência tutelar autônoma, existem autênticos bens jurídicos universais, cuja proteção é ao mesmo tempo necessária¹⁹⁰ e legítima¹⁹¹.

A justificação do bem jurídico coletivo se evidenciaria diante da constatação de que seu caráter universal não contraria interesses individuais de

¹⁸⁷ Como bem salienta D'ÁVILA, nem Birnbaum, que por primeiro cunhou o conceito de bem jurídico, limitou-o aos valores e interesses individuais. Neste sentido: D'ÁVILA, Fábio Roberto. *O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico*. p. 80. Na verdade, nem a “Escola de Frankfurt” exclui da tutela penal **todos** os interesses coletivos, como bem se retira das notas 146 e 147, *supra*.

¹⁸⁸ Neste sentido, Claus ROXIN ensina, como já mencionado ao início desse capítulo, que o Estado deve garantir penalmente não só as condições individuais necessárias para a coexistência livre em sociedade, senão também as instituições estatais imprescindíveis a esse fim. Bens jurídicos são entidades reais, mas não têm por que ter realidade material. Não precisam ser objetos físicos e podem, inclusive, ser criados pelo legislador (como a ordem tributária, por exemplo). Além disso, visam, também, à manutenção e garantia das prestações estatais – os chamados Direitos sociais. Neste sentido: ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* p. 447. Da mesma forma, adverte BOTTINI, com bastante precisão, que “a preservação da dignidade da pessoa humana exige a tutela penal de bens coletivos”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 183.

¹⁸⁹ Para este autor, é claro que os bens jurídicos coletivos só existem por causa do homem. Mas não se pode pretender que, entre os interesses supraindividuais, só possam ser erigidos a bens jurídicos aqueles cuja razão de tutela seja passível de condução à proteção de bens jurídicos individuais e que, portanto, se encontrem dotados de referente pessoal. Segundo FIGUEIREDO DIAS, os bens jurídicos universais não precisam revelar um “núcleo personalizável”, nem ser dedutíveis unicamente a partir de bens jurídicos individuais. Neste sentido: FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. p. 147.

¹⁹⁰ Necessária, de um ponto de vista de *prevenção geral negativa*, pois será razoável esperar que a punibilidade se revele suscetível de influenciar na população em geral o cálculo vantagem/prejuízo de modo a promover obediência à norma. Mas também, e sobretudo, de um ponto de vista de *prevenção geral positiva*, de modo a reforçar a disposição de obediência à norma da parte do cidadão em geral fiel ao Direito. Idem. p. 149.

¹⁹¹ Isso se dá porque, segundo o autor, esses bens encontram refração legitimadora expressa na constituição da república (portuguesa), especialmente quando regula os Direitos sociais, econômicos, culturais e ecológicos. Idem. *ibidem*.

nenhuma forma. O bem jurídico coletivo, a exemplo do meio ambiente e da ordem econômica, tem como característica poder ser gozado por todos e por cada um, sem que ninguém possa ficar excluído¹⁹².

Todavia, dentro da lógica funcionalista teleológica, cremos ser mais recomendável seguir o entendimento antropocêntrico, segundo o qual os bens jurídicos supraindividuais devem, sempre, guardar referência com bens jurídicos pessoais. Afinal, essa é certamente a única forma de conferir ao conceito de bem jurídico um mínimo de concretude, tanto em sentido abstrato (como limitação prévia à criação de tipos penais) quanto em sentido prático (como critério de interpretação restritiva da Lei penal já positivada).

É assim que o meio ambiente e a economia merecem a proteção penal na condição de fatores indispensáveis à vida e ao desenvolvimento humanos. O que se protege por meio do Direito penal ambiental não é o meio ambiente em si considerado, mas o Direito fundamental ao equilíbrio ambiental, como instrumento indispensável à vida e ao desenvolvimento do homem. Com o Direito penal econômico, a lógica deve ser a mesma¹⁹³.

De acordo com essa ideia, tem-se que o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da Constituição da República) limita o Direito penal a um núcleo antropocêntrico, sem qualquer legitimidade para a criação de crimes que visem a proteger instituições ou seres vivos sem um referencial humano¹⁹⁴.

¹⁹² Para FIGUEIREDO DIAS, é nessa *possibilidade de uso coletivo*, decorrente de uma relação difusa com os potenciais usuários (não individualizáveis em concreto), que reside o interesse individual legítimo na integridade desses bens. Idem. p. 150-151.

¹⁹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 187. Mais adiante, continua o mesmo autor: “Os delitos de trânsito não têm o escopo de tornar o transporte viário mais célere e a circulação de veículos mais fluida, mas objetivam (...) a proteção da vida e da integridade física de condutores e pedestres. Da mesma forma, os crimes contra a fé pública existem não para proteger a mera confiança nos atos jurídicos, mas, além disso, referem-se em última instância aos interessados na integridade dos meios de prova”. Idem. p. 188.

¹⁹⁴ É por essa razão que BOTTINI, por exemplo, reconhece como inconstitucional o crime do artigo 32 da Lei n. 9.605/98, que sanciona a conduta de maus-tratos a animais silvestres, domésticos ou domesticados. Para esse autor, o tipo em comento protege, no máximo, o bem-estar do próprio animal, ou os sentimentos humanos de repulsa a esse tipo de comportamento, sem a presença de um bem jurídico com referencial pessoal. Assim: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 189. Em idêntico sentido: “Las conductas de crueldad con los animales constituyen un ilícito administrativo. La consideración más arriba apuntada sobre los principios fundamentales del Derecho penal y su extracción de la Constitución y, más concretamente, su estrecha vinculación con los derechos fundamentales y, consecuentemente con el ser humano, no podrán arrojar otra conclusión. Además, en la línea apuntada a propósito de los supuestos de desobediencia, la vinculación de los sentimientos hacia los animales difícilmente podría encontrar conexión instrumental con un bien jurídico-penal individual – todos ellos referidos al ser humano – que no fuera el patrimonio, para lo cual no sería necesario introducir un nuevo delito, y menos aún encuentra este tipo recepción expresa en el texto constitucional”. SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos*

Em relação à construção típica do Direito penal de bens jurídicos coletivos, tais delitos têm uma natureza material análoga à dos delitos de perigo abstrato, os quais são legítimos para a tutela de bens jurídicos coletivos desde que (i) presentes parâmetros mínimos de determinabilidade do tipo de ilícito (a certeza do comportamento incriminado) e (ii) exista a referência ao bem jurídico que, em última instância, se visa proteger¹⁹⁵. Aliás, é a relevância do bem jurídico tutelado que, segundo ROXIN¹⁹⁶, possibilitará falar em uma “justificação especial” para a punição de condutas simplesmente perigosas, que estão longe da agressão concreta do bem jurídico.

Quanto aos crimes de acumulação (ou “aditivos”), dado o seu caráter eminentemente inidôneo à agressão de bens jurídicos, FIGUEIREDO DIAS aduz – e há que se concordar com ele – que sua punição só se revelará justificada se as potenciais condutas alheias que venham a se somar às do agente individual forem, mais que *possíveis*, indubitavelmente *previsíveis* e *muito prováveis*, para não dizer *certas*. A partir dessa constatação, é ao legislador ordinário que, dentro dos parâmetros constitucionais, caberá decidir se, para a proteção minimamente eficaz de determinado bem jurídico supraindividual, torna-se necessário punir comportamentos em razão da sua provável acumulação¹⁹⁷.

É com base nesse entendimento, segundo o qual o Direito penal, mesmo na sociedade contemporânea de risco, não pode prescindir do conceito de bem jurídico – considerado sempre como um fator com referência a interesses eminentemente pessoais – que seguirá a presente dissertação.

A análise acerca da tipicidade objetiva dos crimes de perigo abstrato e de acumulação será retomada no último capítulo, e será realizada especificamente em relação ao crime de lavagem de dinheiro.

A partir das próximas linhas será iniciado o estudo desse delito em especial, seus delineamentos gerais e, principalmente, o bem jurídico protegido pela Lei n. 9.605/98.

colectivos. p. 57-58. É interessante avaliar que Luís GRECO, mesmo reconhecendo a ausência de bem jurídico tutelado por esse crime, defende a permanência do tipo no ordenamento brasileiro, como uma espécie de “exceção à regra do Direito penal de bens jurídicos”. Nesse sentido: GRECO, Luís. *Op. cit.* p. 109-111.

¹⁹⁵ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. p. 151.

¹⁹⁶ ROXIN, Claus. *¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* p. 454.

¹⁹⁷ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Direito Penal*. Parte Geral. Tomo I. p. 152-153.

CAPÍTULO 2: A CRIMINALIZAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Uma das consequências mais evidentes e sintomáticas do Direito penal da sociedade globalizada de risco é a criminalização da lavagem ou ocultação de capitais de origem delitiva. Trata-se de uma espécie de crime que (1) surgiu em escala global para satisfazer os anseios de internacionalização¹⁹⁸ do Direito penal, (2) agride um bem jurídico supraindividual de difícil definição (como será abordado no capítulo seguinte), (3) diz respeito a uma criminalidade de poderosos (*“crimes of the powerful”*) cujos efeitos não são sentidos apenas no local de seu cometimento, e (4) corresponde à lógica da “administrativização” do Direito penal, que pretende evitar, por meio da sanção privativa de liberdade, a reiteração (acumulação) de condutas que, em si, não são idôneas para atingir o bem jurídico tutelado. Em outras palavras, a lavagem de capitais, é, por excelência, um delito de perigo abstrato por acumulação.

No presente capítulo serão expostas as origens e os delineamentos

¹⁹⁸ Não exatamente como uma *unificação* dos ordenamentos jurídicos (no sentido de um único ordenamento internacional válido, ao mesmo tempo, para vários países), mas como *uniformização* e *harmonização* entre os dispositivos penais dos diferentes países ocidentais. Neste sentido: “*Uniformização* (...) consiste em *inserir nos Direitos nacionais regras idênticas*, mas não únicas, uma vez que elas são *incorporadas* a cada um dos Direitos nacionais. (...) *harmonização* é definida como a realização, pautada no respeito à pluralidade dos Direitos estatais, de uma equivalência de regras nacionais ou, mais precisamente, de uma equivalência de custos e benefícios socioeconômicos ou de situações jurídicas resultantes de sua aplicação no âmbito da harmonização entre diferentes países, esse mecanismo adquire contornos mais vagos e emerge como alternativa à unificação do Direito. A harmonização e a uniformização pressupõem, ao contrário da unificação, a manutenção da diversidade formal dos Direitos nacionais, nas matérias referentes. A harmonização, por sua vez, se distingue das outras duas em razão de não conduzir a essa unidade de teor normativo buscada pela uniformização de certos segmentos dos Direitos nacionais ou pela adoção de regra(s) de Direito única(s). (...) No âmbito da internacionalização da produção do Direito penal, a compreensão dos processos de harmonização e uniformização impõe atentar às duas etapas por meio das quais esses processos se desenvolvem. A primeira etapa refere-se à elaboração de um instrumento internacional e a segunda, à recepção desse instrumento nos ordenamentos jurídicos internos”. MACHADO, Maira Rocha. *Internacionalização do Direito penal*. p. 26-27

básicos dessa espécie delitiva. O escopo deste trabalho não é, propriamente, analisar toda a tipicidade objetiva e subjetiva do tipo penal em questão. O que se pretende é estudá-lo e interpretá-lo como manifestação do Direito penal da sociedade de risco, sem esquecer que a finalidade precípua do Direito penal continua sendo a proteção de bens jurídicos indispensáveis à livre convivência e ao desenvolvimento humano e social em um Estado de Direito.

2.1. A ideia central: criminalizar a reinserção, na economia lícita, dos lucros advindos da prática delitiva

Preocupados com as organizações criminosas e com a criminalidade transnacional, países da União Europeia e os Estados Unidos da América, tendo como inimigos declarados o tráfico de drogas e o terrorismo (mesmo muito antes do episódio de 11 de setembro de 2001), disseminaram pelo mundo a ideia de que deveria ser incriminada a dissimulação ou a ocultação das altas somas de dinheiro auferidas ilicitamente.

Até hoje não se tem um concreto significado – ao menos normativo – para o termo *crime organizado*¹⁹⁹. Mas essa abstração, a princípio destituída de conteúdo científico²⁰⁰, é um dos fatores que vêm motivando, há décadas, a atuação dos países mais ricos na busca da intimidação do uso e da ocultação das vultosas somas produzidas por algumas modalidades delituosas.

Diante da constatação de que a criminalidade organizada se utiliza das facilidades do sistema financeiro globalizado para espriar seus ganhos ilícitos, concluiu-se que a única forma de combater determinados crimes seria criar meios pelos quais o aproveitamento do lucro originado das práticas ilícitas fosse

¹⁹⁹ “Em verdade, penalistas e criminólogos confessam não saber definir crime organizado: uma categoria frustrada. ‘Uma expressão sem nenhum rigor científico; verdadeira figura de linguagem, ao invés de conceito jurídico ou sociológico’”. PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. p. 23. Aderimos, neste aspecto, à tese de Heloísa ESTELLITA, segundo a qual não há no Brasil um conceito **legal** de *organização criminosa*, nem mesmo diante da recepção interna da Convenção de Palermo. Neste sentido: ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade de empresa, quadrilha e organização criminosa*. p. 59 e ss.

²⁰⁰ De qualquer forma, na falta de um conceito jurídico suficientemente científico, vem-se utilizando o termo *crime organizado* para designar aquilo que se acredita ser um aglomerado institucionalizado de pessoas, dotado de grande poderio econômico, responsável pela reiteração de crimes que geram grandes somas de dinheiro. Outro aspecto que poderia ser agregado a esta singela definição seria, ainda, a difícil identificação do referido grupo (dada a transnacionalidade de sua atividade, de seus agentes e de seus bens). Neste sentido: PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 21-31.

dificultado²⁰¹. O raciocínio é até simplista: se determinadas práticas delitivas geram grandes somas de dinheiro e são de difícil enfrentamento, faz-se necessário desestimular o seu cometimento por meio da incriminação da inserção desse lucro na economia legalizada.

A doutrina, brasileira e estrangeira, afirma que a ocultação de bens respeita uma lógica bastante parecida no mundo todo, de modo a abarcar três fases procedimentais principais, todas praticadas no intuito de distanciar o dinheiro ilícito de sua origem criminosa: a colocação (*placement* ou *colocación*), a dissimulação (*layering* ou *enmascaramiento*) e a integração (*integration*, *recycling* ou *integración*)²⁰².

A primeira seria caracterizada pelo distanciamento inicial do dinheiro ilícito (não raramente produzido e guardado em espécie) em relação ao delito que o gerou, principalmente por meio de transferências ou depósitos bancários. A dissimulação seria marcada pela multiplicação de operações da mesma natureza, internas ou para o exterior, com a utilização de diversas contas bancárias de interpostas pessoas, físicas ou jurídicas, em mais de uma instituição financeira. Integraria essa segunda fase, ainda, a destruição de registros de operações financeiras em conluio com o banco. Por fim, a terceira fase consistiria na reinserção do dinheiro sujo na economia oficial, com o emprego dos valores para o financiamento de empreendimentos e para a compra de bens.

Em relação à real dimensão das “altas somas” de dinheiro movimentadas mundialmente pela lavagem de capitais, a falta de certeza é absoluta²⁰³. As

²⁰¹ Nesse sentido: ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. p. 16-17. MACHADO, Máira Rocha. *Op. cit.* p. 127-129.

²⁰² Essas três fases são mencionadas em praticamente todos os livros que se dedicam à análise da ocultação de bens. Nesse sentido, apenas para exemplificar: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro*. p. 21-22. MOLINA MANSILLA, María del Carmen; MOLINA MANSILLA, Luis. *El blanqueo de dinero*. p. 9-11. ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.* p. 28-36. MADINGER, John. *Money laundering*. p. 7-10.

²⁰³ “Lo mismo cabe decir de las cantidades relativas al blanqueo de dinero sucio, el que concierne en primer lugar a los paraísos fiscales. Basadas en anécdotas, en extrapolaciones o en ‘confidencias’ de los aparatos represivos, las cifras en cuestión no tienen el menor viso de coherencia. La cifra, citada a menudo [1,5 bilhões de dólares em 2005], de la cantidad de dinero blanqueado, es la de una horquilla comprendida entre un 2% y un 5% del PIB mundial, una estimación que en su día hizo pública Michel Camdessus, antiguo director general del Fondo Monetario Internacional, pero que no se basa en ningún estudio preciso. Tom Naylor ha mostrado igualmente la falta de rigor de todas estas estimaciones. Subraya que sería necesario saber qué porcentaje representan respecto del total realmente existente, para lo cual tendríamos que saber a cuánto asciende la cifra total de los negocios del crimen, cuál es su tasa de beneficio, el patrimonio acumulado, etc., todas ellas estimaciones imposibles de hacer. La verdad es que nadie sabe nada ni de las cifras totales ni de la evolución de las mismas”. CHAVAGNEUX, Christian; PALAN, Ronen. *Los paraísos fiscales*. p. 31.

estimativas são completamente díspares, e vão desde US\$ 1,5 bilhão²⁰⁴ até US\$ 500 bilhões²⁰⁵. De qualquer forma, há um consenso de não serem quantias irrelevantes.

A utilização do dinheiro ilícito na economia lícita oculta a origem criminosa dos valores e a própria prática do crime antecedente. Dessa forma, ao invés de prevenir ou penalizar apenas o crime em si (o tráfico de drogas, inicialmente), pensou-se ser mais eficaz combater a dissimulação da origem do lucro auferido por essa conduta delitiva²⁰⁶. Daí se extrai, inclusive, que a tipificação da lavagem de dinheiro atua como acessória das políticas de prevenção dos delitos antecedentes.

Seguindo essa linha, pode-se definir a lavagem de capitais como “*aquela operação através da qual o dinheiro de origem sempre ilícita (...) é invertido, ocultado, substituído ou transformado e restituído aos circuitos econômico-financeiros legais, incorporando-se a qualquer tipo de negócio como se houvesse sido obtido de forma lícita*”²⁰⁷.

Aos poucos, a incriminação da lavagem de dinheiro, em todo o mundo, ganhou importância e passou a ser utilizada não mais apenas na luta contra o tráfico de entorpecentes, mas também contra o terrorismo e os delitos que integram a denominada criminalidade socioeconômica (dentre eles os crimes contra o sistema financeiro e os delitos tributários). Isso se deu por meio da assinatura de diversos tratados internacionais, os quais serão analisados no tópico 2.3.

Como traço histórico do delito aqui estudado, há que se dizer que foi com a investigação acerca das quadrilhas que contrabandeavam bebidas alcoólicas durante a “Lei Seca” instituída nos Estados Unidos da América em 1920 – conhecida como “*prohibition*” – que as autoridades norte-americanas se viram intrigadas, pela

²⁰⁴ “Según Baker, en total, el flujo de dinero sucio (entendido como tal el que es obtenido, transferido o utilizado de forma ilegal) que se mueve entre los diferentes países alcanza un billón de dólares al año. Otras estimaciones sobre El volumen de transacciones financieras ilícitas, conocido como el ‘producto criminal bruto’, oscilan entre 600.000 millones y 1,5 billones de dólares anuales, equivalentes a un 2 a 5% del producto mundial bruto”. DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Blanqueo internacional de capitales*. p. 29. Em sentido similar: CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*. p. 07.

²⁰⁵ Nesse sentido: MORGAN, Matthew S. *Money laundering*. p. 05.

²⁰⁶ “(...) la necesidad de blanquear dinero surge cuando no es posible justificar su procedencia porque es la contraprestación a la ejecución de una actividad delictiva: si se reconoce la existencia del dinero se reconoce la existencia del delito (...). Esto obliga a quienes acumulan grandes cantidades de dinero de origen ilícito a encontrar las vías que les permitan introducirlo en lo que podría llamarse ‘circuito monetario’ de modo que puedan reconocer su existencia – es decir, obtener una rentabilidad – sin justificar su procedencia”. MONTALVO, Alicia. *La prevención del blanqueo de capitales de origen ilícito*. Apud: PASTOR, Daniel Alvarez; PALACIOS, Fernando Eguidazu. *Op. cit.* p. 16-17.

²⁰⁷ GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*. p. 21.

primeira vez, com a capacidade de grupos organizados ocultarem o lucro gerado pelo crime cometido em grande escala. Dentre essas organizações, a mais conhecida foi a quadrilha capitaneada por Alphonse Capone²⁰⁸.

Como se verá no tópico seguinte, a Lei norte-americana de lavagem de dinheiro ainda não existia na época de Al Capone, o que fez com que ele fosse condenado apenas por crimes tributários.

Em tempos mais recentes, a investigação que culminou, em meados da década de 1980, com a condenação de diversos integrantes da denominada “Conexão Pizza” – quadrilha de imigrantes italianos responsáveis pelo tráfico de drogas (principalmente a heroína) na década de 1970 – demonstrou que os EUA já dispunham de instrumentos mais próximos a uma Lei de lavagem de capitais propriamente dita. Afinal, quando do julgamento do caso, o país já contava com dispositivos penais cuja finalidade era reprimir a utilização e a ocultação do dinheiro auferido ilicitamente.

Mas, de qualquer forma, o estatuto jurídico norte-americano específico

²⁰⁸ Aliás, há quem diga que o termo “lavagem de dinheiro” foi cunhado exatamente durante as investigações sobre ele e sua quadrilha: “A expressão ‘Lavagem de dinheiro’ foi originalmente cunhada na década de 1930 por agentes do Tesouro dos EUA que estavam tentando capturar Al Capone. Naqueles dias, muito poucas pessoas tinham água encanada, muito menos uma máquina de lavar roupa, então lavanderias comerciais eram muito comuns. Capone e seus comparsas possuíam centenas de lavanderias em torno de Chicago, que disfarçavam as receitas de seu negócio de bebidas com o dinheiro ganho honestamente operando as lavanderias. O ordenamento jurídico norte-americano naquela época não identificava a lavagem de dinheiro como uma ofensa, mas no final, Capone foi condenado por sonegar imposto de renda federal”. Tradução livre de: “*The term ‘money laundering’ was first coined in the 1930s by U.S. Treasury agents who were trying to lock up Al Capone. In those days, very few people had running water, much less a washing machine, so commercial laundries were very common. Capone and his mob owned hundreds of laundries in and around Chicago, and they disguised the earnings from their liquor business as money honestly earned from operating the laundries. There were no U.S. statutes at that time that identified money laundering as an offense, but in the end, Capone was convicted of evading federal income tax*”. MATHERS, Chris. *Crime school: money laundering*. p. 22. No mesmo sentido: “O termo parece ter se originado nos Estados Unidos na década de 1920. As quadrilhas de criminosos da época tentavam fazer o mesmo que hoje: dissociar os ganhos de suas atividades criminosas das próprias atividades. Para isso, assumiram empresas com grande volume de negócios, tais como lavanderias e lava-rápidos, e depois passaram a misturar o caixa gerado pelas atividades ilícitas com a renda legítima, assim, simultaneamente, criando uma razão comercial para a existência de grandes somas de dinheiro. Apesar do termo ‘lavagem’ ser hoje sublinhado em razão da associação do termo com ‘limpeza’, a ideia original deu-se pelo uso de negócios relativos a lavanderias”. Tradução livre de: “*The term ‘money laundering’ appears to have originated in the United States in the 1920s. Criminal gangs then were trying to do so much the same as they do today: dissociate the proceeds of their criminal endeavours from the activities themselves. To do this they took over business with high cash turnovers – such as launderettes and car washes – and then proceeded to mingle the cash generated from nefarious activities with legitimate income, thus simultaneously creating a logical commercial reason for the existence of large sums of cash. Whilst the term ‘laundering’ is today stressed for the word’s association with washing and cleaning, the original criminal link was because of the use of laundering business*”. LILLEY, Peter. *Dirty dealing: the untold truth about global money laundering, international crime and terrorism*. p. 05.

para a criminalização da lavagem de capitais só surgiu em 1986.

É importante estudar a evolução das Leis dos Estados Unidos da América sobre o tema – tal como será feito no tópico seguinte – porque foi naquele país que se idealizou a punição da conduta independente de ocultar o lucro proveniente de práticas delitivas. Foi a partir dessa ideia inicial que a Lei dos EUA, de 1986, passou a servir de base para a redação de tratados e convenções internacionais que, a partir do fim da década de 1980, acabaram por delinear os contornos mundiais dessa criminalização.

2.2. A evolução da legislação dos Estados Unidos da América

A Lei norte-americana de lavagem de capitais, denominada *Money Laundering Control Act* (MLCA), é de 1986²⁰⁹. Ela integra o *U.S. Code*, no Título 18, Seções 1956 e 1957. Antes da sua edição o país não dispunha de uma Lei que criminalizasse propriamente essa conduta, embora, de certa forma, o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* (RICO Act), de 1970, já tivesse antecipado muito daquilo que viria a ser criminalizado na década de 1980.

Algumas investigações ocorridas durante o século XX só não culminaram com condenações por lavagem de capitais pela falta de um estatuto jurídico que disciplinasse a matéria. Mas, não se pode dizer, é claro, que todas as condutas criminosas similares à lavagem de capitais até então descobertas tenham restado impunes, uma vez que nesses casos foram impostas penas por crimes tributários e por delitos previstos no *RICO Act*.

No início do século XX, quando ainda não se dispunham de todas as facilidades de um sistema financeiro globalizado, condutas similares à lavagem de capitais – ocultações de altas somas de dinheiro cometidas principalmente por meio da utilização de interpostas pessoas e de empresas imaginárias – eram apenas punidas como crimes tributários. Foi o que aconteceu com contrabandistas de bebidas alcoólicas durante a Lei Seca – Al Capone, por exemplo²¹⁰. Aquela

²⁰⁹ Nos EUA o delito recebeu a designação “*money laundering*”. O nome bem explica a razão que leva ao cometimento do crime: o dinheiro *sujo*, auferido com a prática criminosa, precisa ser *lavado* para dissimular a sua origem. Em outros países, o crime é referido com diferentes denominações, todas elas seguindo a mesma linha da norte-americana (“*blanqueo de capitales*” na Espanha, “*Geldwascherei*” na Alemanha, “*riciclaggio del denaro*” na Itália, “*blanchiment d’argent*” na França, etc.). No Brasil o nome escolhido foi “lavagem de dinheiro”.

²¹⁰ Conforme atesta MADINGER, a ascensão do poder de Al Capone coincidiu exatamente com a “Lei

legislação era, ainda, absolutamente neutra em relação à origem do dinheiro, de modo que a investigação – e posterior condenação – dava-se pelo simples fato de determinado sujeito ter deixado de declarar ao fisco certa quantia recebida, independentemente da origem do lucro auferido. As atenções estavam voltadas à omissão na declaração do ganho, e não à fonte da vantagem que gerava o tributo sonegado.

É possível afirmar, no entanto, que no mínimo duas decisões da Suprema Corte, na década de 1940, anteciparam, ainda que de forma bastante incipiente, parte importante da discussão que seria travada décadas mais tarde em relação à tipicidade, à autoria e à participação no crime de lavagem de dinheiro. Esses precedentes fizeram expandir a incidência da norma penal tributária para além do próprio autor do crime, de modo a atingir também aqueles que o auxiliassem no desiderato pretendido. É o que diz John MADINGER²¹¹:

“As leis contra a evasão fiscal foram empregadas contra aqueles que diretamente evadiam impostos, mas duas decisões judiciais na década de 1940 expandiram a responsabilidade criminal para além da empreitada

seca”, que proibiu a fabricação e a comercialização de bebidas alcoólicas nos Estados Unidos da América entre 1920 e 1933. Os ganhos ilícitos de Capone chegaram a se aproximar de US\$ 100 milhões anuais à época (algo como US\$ 10 bilhões anuais atualmente). Seus lucros provinham de práticas ilícitas como a manutenção de casas de jogos, a prostituição e, principalmente, a comercialização de bebidas alcoólicas. Para gerenciar – e ocultar – tanto dinheiro, Capone teve de se utilizar de subterfúgios como interpostas pessoas (“laranjas”) e empresas irregulares (“de fachada”), práticas essas que hoje inegavelmente configurariam o crime de lavagem de dinheiro. Mas, na ausência de uma legislação específica sobre o assunto, depois de uma longa investigação – que contou inclusive com arguidos “colaboradores” – Capone foi condenado por conta de um documento encontrado em poder da quadrilha que dizia “*Frank Paid Al 17,500*” (“Frank pagou 17.500 para Al”). O nome “Frank” se referia a Frank Pope – uma das interpostas pessoas que endossavam e descontavam irregularmente cheques em favor do grupo –, e “Al” era mesmo Alphonse Capone. De posse dessas informações, conseguidas principalmente com a colaboração alguns investigados, é que Capone pôde ser indiciado pelo crime tributário dali decorrente. Não importava a ausência de provas em relação aos milhões auferidos e ocultados pelo chefe do grupo. O que importava era que agora a acusação dispunha de provas do recebimento de US\$ 17.500,00 por parte dele, os quais não haviam sido nem declarados nem tributados. Ao final do processo, sua pena foi estabelecida em 11 anos de prisão, dos quais aproximadamente 8 foram cumpridos em regime fechado (entre os anos de 1932 e 1940). Nesse sentido: MADINGER, John. *Money laundering*. p. 411-423.

²¹¹ Tradução livre de: “Laws against tax evasion were employed against those who directly evaded taxes, but two court decisions in the 1940s expanded criminal liability beyond the individual criminal enterprise to those persons who provided goods or services that facilitated the illegal activity. The *United States v. Falcone*, 109 F.2d 579 (2d.Cir), affirmed, 311 U.S. 205 (1940), Judge Learned Hand wrote that someone who provided lawful goods or services would not be guilty of a crime unless he or she ‘in some sense promoted the venture himself, making it his own (or had) a stake in its outcome’. According to this rationale, someone such as a banker, having knowledge of a customer’s illegal activity, might be guilty of conspiracy, even though all of the banker’s actions in handling the customer’s money were legal. In a second decision, *Direct Sales Company, Inc. v. United States*, 319 U.S. 703 (1943), the Supreme Court expanded on this principle, saying that if a legitimate business or individuals (a) had knowledge of the illegal activity, (b) had some agreement or intend to further the activity, and (c) had some stake in the outcome, a conspiracy conviction could be sustained”. MADINGER, John. Op. cit. p. 32.

criminal individual, incluindo as pessoas que forneciam bens ou serviços que facilitavam a atividade ilegal.

No caso *EUA v. Falcone (1940)*, o juiz Learned Hand afirmou que alguém que fornecesse bens ou serviços legais não seria culpado de um crime, a menos que 'em certo sentido, promovesse o empreendimento próprio, tornando-o seu, ou tivesse uma participação no seu resultado'. De acordo com esse raciocínio, alguém como um banqueiro, tendo conhecimento de atividades ilegais de um cliente, poderia ser culpado por conspiração, ainda que todas as ações do banco, no trato do dinheiro do cliente, fossem legais. Em uma segunda decisão, *Direct Sales Company, Inc. v. EUA (1943)*, a Suprema Corte ampliou esse princípio, dizendo que se uma empresa legítima ou um indivíduo (a) tivesse conhecimento da atividade ilegal, (b) tivesse algum acordo ou a intenção de promover a atividade, e (c) tivesse alguma participação no resultado, uma acusação por conspiração poderia ser sustentada".

Mas, por óbvio, não seria de se esperar que tais decisões fossem capazes de transformar a Lei dos crimes tributários em uma verdadeira Lei de lavagem de capitais, pois tanto os estatutos então em vigor como os precedentes acima transcritos não puniam propriamente o ato de esconder ou dissimular a fonte do dinheiro sujo movimentado. Como se disse, as atenções ainda estavam voltadas para a sonegação dos impostos, e não para a dissimulação de bens e dinheiro provenientes de atividades delituosas.

Passadas algumas décadas, em 1970 surge o chamado *Bank Secrecy Act* (BSA), hoje codificado no Título 31 do *U. S. Code*. Ainda não se tratava de uma Lei de lavagem de capitais, pois o estatuto ainda não incriminava a ocultação de dinheiro auferido ilicitamente. Tratava-se, isso sim, de uma Lei que estipulava uma série de mecanismos para controle, rastreamento e fiscalização de movimentações de dinheiro operadas em instituições financeiras. Esse estatuto foi de fundamental importância para que os EUA avançassem rumo à criminalização da lavagem de capitais, pois possibilitou que as autoridades estatais tivessem acesso a informações cruciais acerca das transações financeiras suspeitas operadas dentro do país ou de forma transnacional²¹².

Com efeito, o *BSA* impôs aos bancos obrigações como manter em seus

²¹² Para verificar o espírito com que a Lei foi editada, basta observar a "exposição de motivos" da seção 5311 do *U. S. Code*, que integra o *BSA*: "Este sub-capítulo (com exceção da seção 5315) tem por objetivo a proteção contra o terrorismo internacional, a fim de permitir a requisição de determinados relatórios ou registros que tenham um alto grau de utilidade em investigações ou processos fiscais, criminais ou administrativos, ou na condução de atividades de inteligência ou contra espionagem". Tradução livre de: "It is the purpose of this subchapter (except section 5315) to require certain reports or records where they have a high degree of usefulness in criminal, tax, or regulatory investigations or proceedings, or in the conduct of intelligence or counter intelligence activities, including analysis, to protect against international terrorism".

arquivos os registros das transações financeiras feitas por seus clientes²¹³ e reportar ao Departamento do Tesouro transações que superassem determinadas quantias, que podiam oscilar conforme determinações dos órgãos de controle²¹⁴.

Além disso, o *BSA* também previu obrigações aos cidadãos, tais como o dever de declarar contas bancárias mantidas no exterior, bem como a quantia de dinheiro transportado em entradas e saídas do país.

As transgressões aos dispositivos do *BSA* são punidas com multas e sanções civis e criminais²¹⁵.

No mesmo ano de 1970 foi editado o *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act* – ou simplesmente *RICO Act* – que integra o *U. S. Code* no Título 18, Seções 1961 a 1963. Trata-se de um estatuto voltado principalmente à criminalização de condutas operadas por grandes organizações criminosas, mais especificamente no que tange ao comércio interestadual ou internacional, como bem observa John MADINGER:

“Como se pode imaginar, a partir do título, a *RICO* é dirigida a organizações, ou, conforme a lei as define, a empresas de extorsão. Desde a sua promulgação, a *RICO* tem sido usada contra muitas empresas que não se enquadram na noção convencional de crime organizado. A definição de empresa inclui indivíduos, sociedades, corporações, associações e outras entidades coletivas e qualquer sindicato ou grupo de indivíduos associados, de fato, mesmo que não seja uma entidade legal (a Máfia, por exemplo) que estejam envolvidos, ou cujas atividades surtam efeito no comércio interestadual”.²¹⁶

Para demonstrar essa assertiva, basta transcrever as alíneas (a), (b), (c) e (d) da Seção 1962 do *U. S. Code* – parte integrante do *RICO Act*:

"(a) Será considerado ilegal que qualquer pessoa que tenha recebido qualquer rendimento derivado, direta ou indiretamente, de atividade de extorsão ou de uma dívida proveniente de atividade ilegal em que essa

²¹³ Nesse sentido: MADINGER, John. *Op. cit.* p. 32-33. A obrigação, imposta às instituições financeiras, de manter em arquivo dados das movimentações financeiras para futuras e eventuais investigações persiste até a presente data, e está prevista nas seções 5313 a 5316 do *U. S. Code*.

²¹⁴ Com isso, não seria exagerado afirmar que o *BSA* representa uma espécie de protótipo das recomendações que o GAFI (Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo), hoje, direciona à comunidade internacional no intento de empreender intensa fiscalização sobre transações financeiras. Este tema será mais bem abordado no tópico 2.3.

²¹⁵ Previstas nas seções 5321 e 5322 do *U. S. Code*, todas integrantes do Anexo 1 desta dissertação.

²¹⁶ Tradução livre de: “As you might guess from the title, *RICO* directed at organizations, or, as the statute defines them, racketeering enterprises. Since its enactment, *RICO* has been used against many enterprises that do not fit the conventional notion of organized crime. The act defines an enterprise to include individuals, partnerships, corporations, associations, other legal entities and any union or group of individuals associated in fact although not a legal entity (the Mafia, for instance) that is engaged in or the activities of which effect interstate commerce”. MADINGER, John. *Op. cit.* p. 92.

pessoa tem participado como um principal, na acepção da seção 2, título 18, do Código norte-americano, utilize ou invista, direta ou indiretamente, qualquer parte de tais rendimentos, ou o produto de tais rendimentos, na aquisição de qualquer bem ou no estabelecimento ou exploração de qualquer empresa que se dedique ou cujas atividades afetem o comércio interestadual ou estrangeiro. A compra de títulos no mercado aberto para fins de investimento, e sem a intenção de controlar ou participar no controle do emitente, ou de auxiliar outrem a fazê-lo, não deve ser ilegal ao abrigo da presente subseção, se os valores mobiliários adquiridos pelo comprador, pelos membros de sua família imediata, e por seus cúmplices na atividade de extorsão ou na coleta de uma dívida ilegal após a compra, não constituam, no conjunto, um por cento dos títulos em circulação de qualquer classe, e não confirmam, de direito ou de fato, o poder de eleger um ou mais administradores do emitente.

(b) Será considerado ilegal que qualquer pessoa, através de uma atividade de extorsão ou através do recebimento de uma dívida ilegal, adquira ou mantenha, direta ou indiretamente, qualquer interesse ou controle de qualquer empresa que se dedique, ou cujas atividades afetem, o comércio interestadual ou o estrangeiro.

(c) Será considerado ilegal que qualquer pessoa empregada ou associada a qualquer empresa envolvida, ou cujas atividades afetem o comércio interestadual ou estrangeiro, realize ou participe, direta ou indiretamente, da condução dos assuntos corporativos, através de uma atividade de extorsão ou cobrança de dívida ilegal.

(d) Será considerado ilegal que qualquer pessoa conspire para violar quaisquer das disposições das alíneas a), (b), ou (c) desta seção".²¹⁷

Como se depreende da transcrição acima, a alínea (a) já continha a incriminação da utilização de dinheiro auferido ilicitamente pela organização, com o que se pode afirmar que o *RICO Act*, de certa forma, já se aproximava de uma Lei de lavagem de capitais propriamente dita.

Em verdade, o legislador norteamericano pretendeu abarcar inúmeras condutas delituosas²¹⁸ a serem apenadas com as duras sanções previstas no *RICO Act*, que vão desde elevadas multas até a pena restritiva de liberdade máxima de 20 anos acompanhada do confisco de bens. Com efeito, praticamente qualquer infração à Lei federal, desde que cometida nos moldes das alíneas acima transcritas, será enquadrada neste estatuto.

A punição, sob o *RICO Act*, se dá por meio daquilo que a própria Lei define como "*a pattern of racketeering activity*"²¹⁹, ou seja, no mínimo dois atos

²¹⁷ Versão traduzida e original constante do Anexo 2 desta dissertação.

²¹⁸ Para se ter uma ideia da amplitude das condutas abarcadas pelo *RICO ACT*, basta analisar o primeiro dispositivo da Seção 1961, exposta no Anexo 3 desta dissertação, que trata das "definições" para compreensão do estatuto (a lista a seguir não é a lista original, de 1970, pois sofreu diversas inserções nas últimas quatro décadas).

²¹⁹ Nos termos do n. (5) da Seção 1961 do U. S. Code: "(5) 'padrão de atividade de extorsão' exige pelo menos dois atos de extorsão, um dos quais ocorrendo após a data de vigência deste capítulo e o último dos quais ocorrendo dentro de dez anos (excluindo o período de prisão), após o cometimento do anterior". Tradução livre de: "(5) 'pattern of racketeering activity' requires at least two acts of racketeering activity, one of which occurred after the effective date of this chapter and the last of which

definidos na Lei no período de 10 anos.

Em linhas bastante gerais, as condutas apenadas pelo *RICO Act* podem ser divididas em quatro categorias essenciais:

- "1. Qualquer ato de sequestro, assassinato, jogo de azar, incêndio, roubo, suborno, extorsão, que trate de material obsceno ou de negociação de substância controlada, é um crime sob a lei estadual;
2. Violações específicas de leis federais, incluindo lavagem de dinheiro, violações da BSA, e-mail e fraude eletrônica, entre outros;
3. Infrações laborais nos termos do título 29 da U.S.C.;
4. Fraude à seguridade social, nos termos do título 11, ou crimes de narcóticos do Título 21".²²⁰

Essa Lei foi importante, por exemplo, para a fixação das duras sanções impostas aos integrantes da “Conexão Pizza”, julgados em meados da década de 1980.

Em 1985 foram a júri popular, em Manhattan, os integrantes da maior quadrilha de traficantes de drogas já investigada até então nos Estados Unidos da América. Tratava-se da “Conexão Pizza”, grupo formado por 22 imigrantes sicilianos, quase todos proprietários de pizzarias nos Estados Unidos, que seriam responsáveis pela distribuição e comércio de toneladas de heroína em vários estados do país.

Os atos investigados e julgados pelo tribunal aconteceram no intervalo entre 1975 e 1984. As acusações formais que pendiam sobre os membros do grupo davam conta de crime organizado (nos termos do RICO Act, em vigor desde 1970), tráfico de drogas e um assassinato²²¹.

No que mais interessa ao presente trabalho, tem-se que para ocultar as elevadas somas de dinheiro auferidas ilicitamente, o grupo fez uso de um “*laundryman*” (“lavador de dinheiro”), que, no caso, era o italiano Salvatore Amendolito, que aportou nos EUA em 1977.

Shana ALEXANDER, ao narrar o julgamento dos integrantes da quadrilha, destaca algumas operações de remessa de dólares ao exterior operadas pelo lavador de dinheiro para clientes apresentados pelo gerente local de uma instituição financeira suíça chamada *Finagest*. Os valores eram bastante expressivos: a

occurred within ten years (excluding any period of imprisonment) after the commission of a prior act of racketeering activity”.

²²⁰ Tradução livre de: “1. Any act of murder kidnapping, gambling, arson, robbery, bribery, extortion, dealing in obscene matter, or dealing in a controlled substance which is a felony under the state law; 2. Specific violations of federal law, including money laundering, violations of the BSA, and mail and wire fraud, among others; 3. Labor offenses in Title 29 U.S.C.; 4. Securities fraud in Title 11, or narcotics crimes in Title 21”. MADINGER, John. *Op. cit.* p. 92-93.

²²¹ ALEXANDER, Shana. *The Pizza Connection*. p. 14 e ss.

primeira dessas operações fez com que US\$ 9 milhões fossem para a Suíça e, posteriormente, para a Sicília. Nas operações posteriores, Amendolito logrou evadir quantias como US\$ 300 mil, US\$ 550 mil e US\$ 500 mil²²².

Tais operações, dada a origem ilícita do dinheiro, não eram devidamente registradas nos órgãos competentes. Tudo era feito no claro intuito de, burlando as normas impostas pelo *BSA*, despistar os órgãos de fiscalização e proteger o lucro auferido ilegalmente pelo bando. Foi assim que tais atos de evasão de divisas caracterizaram ilícitos penais tanto à luz do *BSA* quanto perante o *RICO Act*.

Ao final do júri, a maioria dos investigados foi condenada em todas as acusações. Quinze deles receberam sanções previstas no *RICO Act*²²³. As penas dos dois principais acusados foram fixadas em *45 anos de prisão*²²⁴.

Como se pode ver, o caso “Conexão Pizza” apresenta muito mais complexidade do que aqueles referentes à ocultação de dinheiro ilicitamente auferido durante a Lei Seca. Do ponto de vista operacional, era de se esperar que na década de 1970 as organizações criminosas dispusessem de esquemas mais elaborados do que apenas a utilização de interpostas pessoas ou empresas de fachada. O sistema financeiro ainda não apresentava a agilidade própria dos dias atuais, mas sem dúvida já era mais volátil do que aquele encontrado no início do século. Com isso, a ocultação dos lucros passou a ser feita, de forma transnacional, por meio dessa poderosa ferramenta.

²²² A forma de agir não era sempre a mesma. Por exemplo, na segunda remessa (dividida em três conjuntos de operações de US\$ 100 mil), Amendolito se utilizou de transferências bancárias correlatas e fragmentadas em valores pouco expressivos, de bancos locais para bancos internacionais, entre dezenas de contas abertas por ele mesmo. Já na terceira operação (dividida em quatro sub-operações), o italiano, em conluio com o gerente que lhe apresentava os clientes, evadiu a expressiva quantia de US\$ 550 mil para a Itália, no interesse do cliente, em nome e na conta da própria instituição, a título de “balanço diário” e compensação da *Finagest*. Nas palavras de ALEXANDER, “as malas de notas desgastadas seriam creditadas na conta *Finagest* no *Credit Suisse*, em Lugano, e lavadas, declarando-as como parte de transferências cotidianas da *Finagest*, oriundas de dívidas e lucros operacionais” (tradução livre de: “the suitcases of worn bills would be credited to the *Finagest* account with *Credit Suisse* in Lugano, and laundered by declaring it to be part of *Finagest*’s everyday cash transfers of development debts and profits”). No quarto episódio, o esquema foi mais simples: Amendolito foi para as Bahamas com uma pasta cheia de dólares. E lá depositou o dinheiro em uma conta suíça, indicada por Miniati. A operação se repetiu por mais uma vez. Só depois destas operações iniciais é que Amendolito foi apresentado, por Miniati, a “Toto” e “Vito”, os principais chefes da Conexão Pizza. A partir desse evento, as remessas passaram a ser muito mais vultosas. ALEXANDER relata que a primeira das remessas operadas em favor dessa quadrilha já se deu no expressivo valor de US\$ 1,5 milhão, por meio de contas do *International Bank of Boston*. Segundo a autora, de junho a dezembro de 1980, Amendolito foi responsável por remeter ilegalmente ao exterior, em favor de Salvatore “Toto” e seu grupo, aproximadamente US\$ 10 milhões. ALEXANDER, Shana. *Op. cit.* p. 135 e ss.

²²³ Idem. p. 387.

²²⁴ Mesmo assim, o juiz presidente do júri estipulou que o cumprimento da pena de Gadalamanti não passaria de 30 anos. Nesse sentido: Idem. p. 402.

Do ponto de vista legal, vê-se que para o julgamento desse caso os EUA já contavam com um aparato muito mais avançado. O *BSA* e o *RICO Act* embasaram a rigorosa imposição de penas aos investigados por condutas que em verdade só não foram intituladas como “lavagem de dinheiro”, mas que na verdade já eram vistas dessa forma.

Em 1986 passou a vigorar nos EUA a específica Lei que incrimina, expressamente, a lavagem de dinheiro, chamada de *Money Laundering Control Act* (MLCA). Nas palavras de Sérgio Fernando MORO²²⁵, trata-se de uma legislação “de segunda geração”, pois não está entre aquelas que preveem como único delito antecedente o tráfico ilícito de entorpecentes (as de primeira geração) nem entre aquelas que admitem como crime antecessor toda e qualquer infração penal (as de terceira geração).

Isso porque a Lei norte-americana prevê uma enumeração fechada de crimes antecedentes (lá denominados de “*SUAs – Specified Unlawful Activities*” e previstos no Título 18, Seção 1956 (c) (7) do *U. S. Code*²²⁶), embora apresente uma lista muito mais extensa de crimes antecedentes do que a da Lei brasileira.

Da mesma forma, a previsão de condutas de dissimulação do lucro ou bem auferido por meio do cometimento de alguma *SUA* é extremamente extensa²²⁷.

Da leitura do *Money Laundering Control Act* se depreende que a ligação entre este estatuto e o *RICO Act* é absoluta. Afinal, a lavagem de dinheiro é um dos atos de ofensa ao *RICO Act*²²⁸, ao mesmo tempo em que todos os crimes que agridem o *RICO Act* constituem crimes antecedentes da lavagem de dinheiro, conforme prevê a Seção 1956 (c) (7) (A), do *U. S. Code*.

Como se pode retirar das notas de rodapé que compõem as páginas anteriores, diante da extensão e do detalhamento do *MLCA*, na prática, toda e qualquer manipulação ou mera utilização de dinheiro proveniente de um crime

²²⁵ MORO, Sérgio Fernando. *Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem*. p. 94.

²²⁶ A extensa lista de crimes antecedentes da lavagem consta no Anexo 4 desta dissertação.

²²⁷ A Seção 1956, (a) (1), do *U. S. Code*, que prevê as condutas puníveis a título de lavagem de dinheiro nos EUA, está acostada ao Anexo 5 desta dissertação.

²²⁸ É o que se retira da Seção 1961, letra B, do *U. S. Code*: “Como utilizado neste capítulo - (1) “atividade de extorsão” significa (...) (B) qualquer ato que é condenável em qualquer uma das seguintes disposições do título 18 do Código norte-americano: (...) seção 1956 (relativa a instrumentos de lavagem de dinheiro), seção 1957 (relativa à realização de operações monetárias dos bens provenientes de certas atividades ilícitas)”. Tradução livre de: “As used in this chapter - (1) “racketeering activity” means (...) (B) any act which is indictable under any of the following provisions of title 18, United States Code: (...) section 1956 (relating to the laundering of monetary instruments), section 1957 (relating to engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity)”.

anterior nos Estados Unidos será punível como lavagem de capitais.

Por fim, cumpre dizer que a máxima pena privativa de liberdade prevista na Lei americana de lavagem de capitais, de 20 anos – *U. S. Code*, Seção 1956, (a) (3) (b) –, é muito mais grave do que aquela prevista pelo legislador brasileiro.

Após a edição do *MLCA*, a legislação norte-americana sofreu ainda algumas alterações trazidas por estatutos mais recentes, como o *Anti-Drug Abuse Act*, de 1988, o *Annunzio-Wylie Anti-Money Laundering Act* de 1992, o *Money Laundering Suppression Act* de 1994, o *Terrorism Prevention Act* de 1996, o *Health Insurance Portability and Accountability Act* de 1996 e, finalmente, o *USA Patriot Act* de 2001, este último editado sob forte emoção e comoção nacional, logo após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001²²⁹.

2.3. Tratados internacionais sobre a lavagem de dinheiro

Num mundo globalizado a lavagem de dinheiro configura um problema cujos efeitos atingem pessoas e instituições distantes geograficamente do local de seu cometimento. Dessa forma, seu enfrentamento só poderá se dar de maneira internacional, se preciso com alguns sacrifícios de tradições jurídicas nacionais²³⁰. Exatamente por isso é que a criminalização da lavagem de dinheiro, em

²²⁹ O *Patriot Act* reveste-se de dispositivos especialmente voltados à segurança nacional, que acabaram por tornar o *Money Laundering Control Act* muito mais abrangente e rigoroso. Um dos exemplos disso foi bem exposto por John MADINGER: “[O Ato Patriótico] revisa a linguagem do artigo 18 do Código norte-americano relacionado à operação de negócios de transferência de dinheiro ilegal, eliminando a exigência que o governo tinha de demonstrar que o réu sabia que o negócio estava operando ilegalmente. Agora, qualquer um que conduz conscientemente, controla, gerencia, supervisiona, dirige, ou detém a totalidade ou parte de um negócio de transferência de dinheiro sem licença, enfrenta a responsabilidade criminal”. Tradução livre de: “[The Patriot Act] revises the language of 18 U.S.C. 1960 relating to operation of illegal money transmitting business by eliminating the old requirement that the government had to show that the defendant knew the business was operating illegally. Now, anyone who ‘knowingly conducts, controls, manages, supervises, directs, or owns all or part of an unlicensed money transmitting business’ faces criminal liability”. *Op. cit.* p. 58.

²³⁰ “(...) se impone una estrategia común de intervenciones legislativas eficaces y coordinadas, una auténtica ‘guerra global y planetaria’ ya que no puede pensarse en resolver el importante problema que la legitimación de capitales desde el limitado punto de vista de los intereses de un determinado país. El blanqueo de dinero constituye un fenómeno global que sólo puede ser eficazmente combatido a través de una respuesta igualmente global, la cual requiere estar dispuestos al sacrificio de parte de nuestras tradiciones nacionales jurídicas, científicas y culturales, así como estar decididos a superar la rigidez de nuestros sistemas constitucionales”. ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. p. 56. Em sentido similar: “En efecto, la dimensión globalizadora del blanqueo adquiere un protagonismo decisivo, desde el momento en que la persecución de esta actividad no puede ser acometida a través de un Derecho penal que continúe organizándose nacionalmente de forma aislada e interna, sino que tiene que ser abordada mediante una respuesta internacional articulada sobre la base de una estrecha colaboración a escala supranacional”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 186.

praticamente todos os países ocidentais, respeita a normativas internacionais que visam, no mínimo, a certa uniformização das legislações locais.

2.3.1. Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1980

A primeira iniciativa de caráter internacional para o combate à lavagem de dinheiro foi a Recomendação do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, de 1980. Trata-se da “Recomendação n. R (80) 10”, relativa a medidas contra a transferência e o encobrimento de capitais de origem criminosa.

O preâmbulo da Recomendação já ressaltava que a transferência e a dissimulação do dinheiro ilícito suscitam graves problemas, favorecem o cometimento de novos delitos e ostentam caráter transnacional. Por essas razões, seria recomendável uma política global na qual o sistema bancário viesse a desempenhar um papel tanto preventivo quanto repressivo, de modo a colaborar com as autoridades competentes²³¹.

Não se tratava de um documento internacional de caráter vinculante – como o nome já diz, consistia em uma Recomendação –, nem de um texto que tratasse da lavagem de dinheiro como um crime independente daquele que gera o lucro sujo. Pelo contrário, dirigia-se principalmente às instituições bancárias, apenas e tão somente no sentido de ressaltar a importância da identificação precisa dos responsáveis pela abertura de contas, por depósitos e pelas operações que envolvem vultosas quantias em dinheiro²³². Tudo no sentido de aumentar a transparência das transações bancárias, dificultando a utilização de empresas imaginárias e interpostas pessoas para ocultar a identificação dos reais responsáveis pelas operações.

²³¹ ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. p. 59. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 188.

²³² “Alrededor de esta medida básica se formulan recomendaciones específicas, como la de limitar El alquiler de cajas de seguridad a los clientes de cierta antigüedad o que se puedan considerar dignos de confianza, o la de constituir reservas de billetes a cuyo número de serie las autoridades tengan acceso (números de serie registrados) cuando estos billetes hayan sido utilizados en hechos delictivos, con el fin de poner seguir el rastro del delincuente. Finalmente, se incluyen medidas organizativas específicas como la de recomendar que los sistemas bancarios formen adecuadamente al personal de ventanilla (sobre todo en el control de los documentos de identidad y del encubrimiento de conductas delictivas) y que se establezca un dispositivo para que los bancos puedan comparar la numeración de los billetes que reciben con la de los utilizados en hechos delictivos”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 188-189.

2.3.2. Declaração de Princípios da Basileia

Em dezembro de 1988, o Comitê de Regras e Práticas de Controle de Operações Bancárias, formado pelos representantes dos Bancos Centrais dos países do “Grupo dos Dez” (Alemanha, Bélgica, Canadá, Estados Unidos, França, Itália, Japão, Holanda, Reino Unido e Suécia, além da Suíça), em uma de suas reuniões mensais propôs o texto que ficou conhecido como Declaração de Princípios da Basileia. Tal declaração pode ser considerada como a primeira enunciação, elaborada por uma organização financeira internacional sobre o controle da lavagem de dinheiro através de entidades financeiras²³³.

Trata-se de um documento limitado ao âmbito bancário, assim como a Recomendação n. R (80) 10. Todavia, costuma-se dizer que a Declaração de Princípios da Basileia ostenta um caráter mais abrangente que o texto antecessor, uma vez que suas recomendações dirigem-se a bancos e outras instituições financeiras não oficiais. Segundo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *“com esta última expressão pretende-se incluir qualquer instituição financeira ainda que não seja oficial, em virtude do que produz-se uma ampliação da esfera de aplicação, que foi favoravelmente acolhida pela doutrina”*²³⁴.

O texto aqui examinado, partindo de ideias gerais como a conveniência de formar adequadamente o *staff* bancário, a relevância da fixação de sistemas que permitam identificar os clientes das instituições, a importância da conservação dos registros contábeis das operações e a imprescindibilidade da proteção das auditorias internas²³⁵, concentra suas atenções em três pontos principais²³⁶. Em primeiro lugar, a busca pela “identificação séria” dos clientes das instituições financeiras, em sentido muito similar à Recomendação n. R (80) 10, do Comitê de Ministros da Europa. Em um segundo momento, o “cumprimento das Leis”, entendido assim o respeito às normas internas de cada país que regulamentam a atividade bancária e, principalmente, a atenção – tanto quanto possível – por parte dos bancos em relação à origem do dinheiro envolvido em transações financeiras. Por fim, a “cooperação internacional” entre as autoridades responsáveis pelo controle da atividade financeira, cooperação esta que ficava limitada pelas regras internas de

²³³ ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 65-66.

²³⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero.* p. 189.

²³⁵ *Idem.* p. 190.

²³⁶ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.* p. 60-62.

cada país referentes ao sigilo bancário e profissional²³⁷.

Em que pese o seu caráter facultativo, o indeterminado e vago “código deontológico de conduta bancária com aspiração de vigência universal”²³⁸ em que consistia a Declaração de Princípios da Basileia, obteve significativa adesão na comunidade internacional. Com isso, pode-se dizer, juntamente com MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, que tais princípios cumpriram a missão a que se propunham, de transmitir pautas básicas de conduta que hoje se reputam irrenunciáveis para a repressão e inibição da lavagem de dinheiro²³⁹.

2.3.3. A Convenção das Nações Unidas

Foi outro documento internacional, surgido oito dias depois da Declaração de Princípios da Basileia, que alterou por completo a regulamentação mundial para a repressão da lavagem de dinheiro: a “Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas”, ou, simplesmente, Convenção de Viena²⁴⁰. Trata-se, por certo, do documento internacional mais importante nessa matéria, demonstrando a absoluta ligação entre a gênese da

²³⁷ Mesmo assim, como advertem ÁLVAREZ PASTOR e PALACIOS, “en este apartado de cooperación con las autoridades, la Declaración de Basilea especifica que, en caso de que un banco tenga indicios de que el dinero objeto de una operación bancaria proviene o tiene como finalidad actividades delictivas, deberá ‘tomar las medidas oportunas de acuerdo con la ley, tales como negar asesoramiento, poner fin a sus relaciones con el clienteo cancelar o congelar la cuenta’. las medidas concretas que el texto señala, a modo de ejemplo, constituyen un mínimo que el Comité de Basilea sobre Regulación y supervisión Bancaria deseaba fuera admitido a escala internacional, tanto por los Estados representados en dicho Comité, como por las Autoridades supervisoras de terceros países, sin que en ningún caso la Declaración pretendiera reducir el contenido de otras disposiciones más estrictas que estuvieran vigentes en los diversos países”. ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.* p. 62.

²³⁸ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 190.

²³⁹ Idem. Ibidem.

²⁴⁰ Como bem salienta Miguel ABEL SOUTO, “las Naciones Unidas ya se habían ocupado de un aspecto parcial concerniente al blanqueo de dinero en el *Convenio Único sobre estupefacientes*, firmado en Nueva York el 30 de marzo de 1961, cuyo artículo 36.2.a (ii) obligaba a las Partes – aunque respetando su Constitución, régimen jurídico y legislación nacional – a considerar como delitos las operaciones financieras relacionadas con los delitos relativos a drogas. Posteriormente, el Convenio sobre sustancias psicotrópicas, hecho en Viena el 21 de febrero de 1971, vino a reiterar en su artículo 22.2.a (ii) la misma obligación de castigar tales operaciones financieras. Sin embargo, estos preceptos pretendían la incriminación del momento desencadenante del tráfico de drogas, pero no buscaban punir la realización ulterior de transacciones financieras ‘sucias’. Ambos convenios abarcaban, pues, no los capitales procedentes del tráfico de estupefacientes, sino sólo los destinados a dicho tráfico. Bien es cierto que frecuentemente los productos derivados del tráfico de drogas en parte se utilizan para financiar otras operaciones de tráfico, mas una cantidad no irrelevante de las mencionadas ganancias no se emplea como base financiera para nuevos negocios vinculados a los estupefacientes. Después de todo, el tráfico de drogas ilegales no es un fin en sí mismo. ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 77-78.

incriminação da lavagem de dinheiro e o combate ao tráfico de drogas²⁴¹.

Ao contrário dos textos anteriores, que consistiam em recomendações facultativas no mero intuito de “vigiar” o fenômeno global da ocultação de bens oriundos de práticas delitivas, a Convenção de Viena de 1988 se reveste de caráter vinculante para seus signatários, e lhes impõe a criação, em seus respectivos ordenamentos internos, de um tipo penal independente para essa conduta²⁴², nos moldes do que foi pactuado²⁴³.

ÁLVAREZ PASTOR e EGUIDAZU PALACIOS enumeram três características principais da Convenção de Viena: a primeira, a limitação dos crimes antecedentes aos delitos relacionados ao tráfico de entorpecentes; em um segundo momento, que os destinatários da Convenção não eram instituições financeiras, mas os próprios Estados signatários (o que por certo lhe garantiu maior eficácia); em terceiro lugar, que o compromisso assumido com a sua assinatura incluía principalmente a imposição de sanções *criminais* a essa conduta específica, não

²⁴¹ “(...) conviene tener en cuenta que, de forma coherente con sus objetivos y fines, la Convención de Viena circunscribe los hechos previos susceptibles de blanqueo a los delitos sobre drogas. Es más, no hay que olvidar que la Convención se ocupa de la materia del blanqueo de forma tangencial, en tanto en cuanto se concibe como parte integrante de la problemática general del tráfico de drogas. En este sentido, según se reconoce ya confesadamente en el próprio Preámbulo, la Convención pretende atajar el problema de las drogas a través de la vía de despojar al narcotraficante del producto de sus actividades, de tal suerte que se le prive del principal aliciente de SUS conductas, esto es, el móvil lucrativo. Ello supone integrar nuevas perspectivas en la tarea de lucha contra las drogas, toda vez que, al lado del bien jurídico de la salud, se toman en consideración las repercusiones económicas, culturales y políticas del narcotráfico”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 192. Em sentido similar: “La convención de Viena, al incluir el blanqueo de capitales, no hace otra cosa que recoger la idea mantenida por los expertos en narcotráfico de que una de las medidas más eficaces para frenar esta ilícita actividad es privar a los narcotraficantes del producto y beneficio SUS actividades delictivas, eliminando así su principal incentivo para esta actividad”. ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.* p. 63.

²⁴² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 191.

²⁴³ No que tange especificamente à lavagem de dinheiro, o texto foi o seguinte: Artigo 3º: Delitos e Sanções. 1 - Cada uma das Partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu Direito interno, quando cometidos internacionalmente: (...) b) i) a conversão ou a transferência de bens, com conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso a) deste parágrafo, ou da prática do delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar a qualquer pessoa que participe na prática do delito ou delitos em questão, para fugir das consequências jurídicas de seus atos; ii) a ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão; c) de acordo com seus princípios constitucionais e com os conceitos fundamentais de seu ordenamento jurídico; i) a aquisição, posse ou utilização de bens, tendo conhecimento, no momento em que os recebe, de que tais bens procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso a) deste parágrafo ou de ato de participação no delito ou delitos em questão; (...) iv) a participação em qualquer dos delitos mencionados neste Artigo, a associação e a confabulação para cometê-los, a tentativa de cometê-los e a assistência, a incitação, a facilitação ou o assessoramento para a prática do delito.

bastando a previsão de simples sanções administrativas ou civis²⁴⁴.

É da análise da Convenção de Viena que se retira, com toda a clareza, a absoluta influência da Lei norte-americana de lavagem de dinheiro (o *Money Laundering Control Act*, de 1986) sobre a normativa internacional acerca desse crime²⁴⁵. Para constatar isso, basta um simples cotejo entre as seções 1956 e 1957 do Título 18 do *U. S. Code* com o artigo 3.1.b da Convenção²⁴⁶. A redação é inegavelmente similar, com duas únicas diferenças: (1) a Lei norte-americana não se limita a prever o delito de tráfico de drogas como único crime antecedente e (2) na Convenção não há referências a ações de esquivar-se dos deveres de comunicação sobre determinadas transações, ao contrário do que era previsto no *MLCA*²⁴⁷.

Se as normas dos EUA influenciaram a formulação do texto da Convenção de Viena, este documento, por sua vez, iniciou a difusão internacional das figuras penais de lavagem. Tanto é assim que o modelo do tipo básico do crime em estudo, em praticamente todas as Leis europeias e sul-americanas que incriminam essa conduta (inclusive a brasileira), corresponde exatamente àquele previsto no artigo 3º da Convenção de Viena – o que explicita um típico caso de internacionalização do Direito penal que envolve tradições jurídicas tão distintas quanto a norte-americana e aquela própria de países como Portugal, Itália, Espanha

²⁴⁴ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.* p. 63-64.

²⁴⁵ “Una vez más hay que tener en cuenta el impulso de ultramar, pues pone de relieve PIETH que ‘sobre todo por iniciativa de los EE.UU. nuevos documentos de la ONU comenzaron a abordar la temática del blanqueo de dinero’. Habida cuenta de estos antecedentes no extraña que la regulación sobre el lavado de capitales contenida en la Convención de Viena, según LAMPE, ‘se inspire manifiestamente en el § 1956 del 18 U.S.C. introducido en 1986 en EE.UU. Semejante constatación ya se remonta al informe de la delegación de los Estados Unidos en el que se indica que gran parte de la dicción empleada por el artículo 3.1.b) de la Convención deriva de las leyes estadounidenses sobre blanqueo de dinero y a tales efectos remite, a modo de ejemplo, no sólo a la sección 1956 del título 18 del *United States Code* sino también a la sección 1957. ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 79. A inegável influência norteamericana sobre a redação do texto da Convenção é inclusive, um dos motivos levantados para as suas deficiências: “En efecto, es un lugar común afirmar que el documento de Viena encierra numerosos defectos: las normas jurídicas se hallan redactadas con extraordinaria amplitud, poseen una gran complejidad y, en general, ofrecen una técnica carente de de todo rigor. Y no podría ser de otro modo, dado que la técnica jurídica a la postre empleada fue El resultado de superponer diferentes criterios de incriminación difícilmente coherentes, dejándose sentir especialmente la influencia ejercida por la legislación estadounidense, que marcó la impronta del casuismo excesivo propio de la tradicional técnica anglosajona”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero.* p. 193.

²⁴⁶ Dispositivos transcritos nas notas 226, 227 e 228, *supra*. Aliás, “resulta de especial interés cotejar el artículo 3.1.b) de la Convención con el apartado B(i) de la sección 1956.a(1) del *United States Code*, conforme al cual se castiga la ejecución de transacciones, o su tentativa, con conocimiento de que se destinan total o parcialmente ‘a ocultar o encubrir la naturaleza, la ubicación, el origen, la propiedad o El control de los productos de una actividad ilícita especificada’”. ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 80.

²⁴⁷ ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 79-80.

e Alemanha²⁴⁸.

A Convenção de Viena entrou em vigor, em âmbito internacional, em novembro de 1990. Alguns meses depois foi recepcionada pelo Direito brasileiro por meio do Decreto 154, em junho de 1991.

2.3.4. As Recomendações do GAFI

Com base principalmente no que estipulavam a Declaração de Princípios da Basileia e a Convenção de Viena, em julho de 1989 os representantes dos sete países mais industrializados (Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Reino Unido, Itália e Canadá), juntamente com o presidente da Comissão das Comunidades Europeias, se reuniram em Paris e criaram o Grupo de Atuação Financeira sobre a Lavagem de Dinheiro (GAFI)²⁴⁹ – o único organismo internacional especializado ao combate desse crime²⁵⁰.

Com a participação de alguns países convidados (Austrália, Áustria, Bélgica, Luxemburgo, Holanda, Espanha, Suécia e Suíça), os Estados integrantes do G-7, por meio do GAFI, formularam um documento denominado “Quarenta Recomendações”, que foi publicado em fevereiro de 1990. O texto centraliza as atenções da “luta integral contra a lavagem de dinheiro”²⁵¹ em três áreas centrais: melhora nos sistemas legais nacionais, aumento do papel do sistema financeiro e fortalecimento da cooperação internacional²⁵².

Com a edição das Quarenta Recomendações do GAFI o delito de lavagem de dinheiro ganhou maior amplitude, pois esse órgão não restringia a

²⁴⁸ “Quando todo mundo fala da *internacionalização* ou *europização* do Direito Penal, pode surgir em algum momento o conceito igualmente difuso de *globalização*. É por isso que aqui se deve assinalar por meio do crime de lavagem de dinheiro – de certo modo, como forma de internacionalização –, como o Direito Penal Nacional se declara e se manifesta através do Direito (Penal) Internacional naqueles campos delitivos, em cuja luta se apresenta um interesse internacional. Em épocas de alianças universais contra o terrorismo, este tema adquire cada vez mais relevância. Trata-se da possibilidade e do exercício da *harmonização* ou pelo menos da *aproximação do Direito Penal* supranacional ao Direito Penal Internacional, através da criação de determinados tipos penais. Tendo em vista a influência marcante de tais tipos penais no Direito Penal Nacional, sua codificação não se deve deixar somente à política (internacional) ou a um determinado pensamento (legal) (*common law*)”. AMBOS, Kai. *Lavagem de Dinheiro e Direito Penal*. p. 15-16.

²⁴⁹ Em inglês, a sigla é FATF: *Financial Action Task Force*.

²⁵⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 194.

²⁵¹ Diz-se que ao contrário dos documentos anteriores, as Quarenta Recomendações do GAFI representam as linhas de uma luta integral contra a lavagem de dinheiro porque pela primeira vez tenta-se condensar em um único texto a perspectiva penal e a supervisão financeira detalhada no combate ao crime organizado. Assim: ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 122.

²⁵² MACHADO, Máira Rocha. *Op. cit.* p. 129-130.

enumeração dos delitos antecedentes àqueles relacionados ao tráfico de drogas. As Quarenta Recomendações, ao contrário da Convenção de Viena, consideram que qualquer “delito grave” pode gerar lucro a ser ocultado criminosamente.

As Recomendações podem ser divididas em quatro grupos básicos²⁵³:

No primeiro, denominado “Marco Geral”, o GAFI incita todos os Estados a aderirem à Convenção de Viena, assinalando que a aplicação das recomendações depende da cooperação internacional e da assistência judicial mútua. Fica assentado que a eficácia das recomendações pode ser impedida por meio de subterfúgios como o segredo profissional e bancário.

A segunda parte é dedicada precisamente à matéria penal. O GAFI reforça o apelo internacional pela criação de tipos penais de lavagem de dinheiro nos ordenamentos internos de cada país, ampliando a abrangência do delito e aduzindo – como dito linhas acima – que o tráfico de drogas não deve figurar como único delito antecedente. Nessa parte, deixou-se claro também que o GAFI apreciava a responsabilidade penal de pessoas jurídicas em casos de ocultação de bens²⁵⁴.

A terceira parte das Recomendações é formada por um detalhado elenco de medidas relativas ao sistema financeiro, as quais não eram dirigidas apenas aos bancos, mas também a qualquer instituição responsável por operações de câmbio e até a seguradoras. As medidas, no mesmo sentido das linhas gerais da Declaração de Princípios da Basileia, concerniam à especial atenção que se deve dispensar à identificação dos clientes, bem como à importância da conservação de documentos e do registro das operações bancárias²⁵⁵. Por fim, destaca a relevância dos órgãos administrativos de fiscalização bancária e financeira, bem como da comunicação, aos órgãos competentes, de transações suspeitas.

A quarta parte trata do reforço da cooperação internacional, em caráter administrativo e judicial, bem como de temas como a extradição.

Apesar de não ostentarem um valor propriamente jurídico, as recomendações do GAFI revelam o padrão internacional de medidas de prevenção e combate à lavagem de dinheiro. Trata-se do texto de maior eficácia na matéria, e

²⁵³ A sintetização exposta nos parágrafos posteriores é retirada de: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 1194-196.

²⁵⁴ Como bem salienta ABEL SOUTO, as Quarenta Recomendações, por falta de consenso entre os integrantes do GAFI, ainda não mencionavam a punição pelo crime imprudente de lavagem de capitais. Assim: ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 129.

²⁵⁵ O que não deixa de remeter, também, ao *Bank Secrecy Act* dos EUA, datado de 1970.

não somente entre os países que integram o grupo²⁵⁶.

ÁLVAREZ PASTOR e EGUIDAZU PALACIOS salientam que no ano de 2007 eram 130 os países que, em maior ou menor grau, aplicavam o texto em seus ordenamentos internos²⁵⁷. Hoje se pode dizer que o número de países colaboradores gira em torno de 180²⁵⁸.

A razão de tão significativa adesão é o fato de a “sanção internacional” pelo descumprimento das recomendações consistir na inclusão do respectivo país na “lista de países não cooperantes”, editada pelo próprio GAFI com base na Recomendação 21²⁵⁹. Na prática, a inclusão de um país nessa lista implica o estremecimento das relações econômicas com o não cooperante.

O temor ao “rol dos não cooperantes” pode ser verificado pelo seguinte dado: em junho de 2000 a “lista negra” do GAFI contava com quinze países; em 2004, o elenco já havia se reduzido para apenas seis²⁶⁰.

Em 1999, decidiu-se que, pela importância capital no cenário econômico latino-americano, Brasil, Argentina e México seriam convidados para aderir ao GAFI como observadores para assistir a sua próxima reunião plenária. Esses três países foram definitivamente integrados ao grupo em junho de 2000²⁶¹.

Por fim, cumpre salientar que em 2001, depois dos ataques terroristas em Nova Iorque, o GAFI editou oito recomendações especiais que visam ao combate do financiamento do terrorismo. Em 2004, uma última recomendação especial foi publicada também no combate ao terrorismo, de modo que hoje se somam 49 enunciados²⁶².

²⁵⁶ Pode-se dizer que as recomendações do GAFI têm maior força do que os próprios Convênios e Tratados internacionais sobre o tema. Nesse sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 196.

²⁵⁷ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.* p. 75.

²⁵⁸ PRESTES, Cristine. *Aperta o cerco à lavagem de dinheiro*. p. C8.

²⁵⁹ A Recomendação 21 tem a seguinte redação: “**Medidas a adotar relativamente a países que não cumprem as Recomendações do GAFI ou que o fazem de modo insuficiente: 21.** As instituições financeiras deveriam conceder particular atenção às suas relações de negócio e às operações com pessoas singulares e coletivas, inclusive as sociedades e instituições financeiras, situadas em países que não aplicam as Recomendações do GAFI ou o fazem de modo insuficiente. Quando as referidas operações não apresentem causa econômica ou lícita aparente, as suas circunstâncias e objeto deveriam, na medida do possível, ser examinados, os resultados desse exame deveriam ser reduzidos a escrito e estar disponíveis para ajudar as autoridades competentes. Sempre que um país continue a não aplicar as Recomendações do GAFI, ou a fazê-lo de modo insuficiente, os países deveriam poder aplicar as contramedidas adequadas”.

²⁶⁰ ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.* p. 76.

²⁶¹ ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 120. Como se pode ver, a entrada do Brasil para o GAFI deu-se em momento posterior à entrada em vigor da Lei brasileira de lavagem de capitais, em 1998.

²⁶² Das 49 Recomendações, 12 devem sofrer revisões nos próximos meses ou anos, principalmente no que tange (1) à previsão de crimes tributários dentre os antecedentes da lavagem de dinheiro e (2)

2.3.5. O Convênio de Estrasburgo

Em novembro de 1990 o Conselho da Europa, reunido em Estrasburgo, aprovou a Convenção sobre lavagem, identificação, apreensão e confisco de produtos do crime.

A base do Convênio de Estrasburgo continuava a ser a Convenção de Viena. Porém, o momento de sua edição – meses depois da promulgação das Quarenta Recomendações do GAFI – já não era mais compatível com a restrição dos crimes antecedentes apenas àqueles referentes ao tráfico de drogas. É assim que, já no preâmbulo do convênio, diz-se que aquele documento destinava-se ao combate de “delitos graves”²⁶³.

O documento reforça a importância da cooperação internacional e estipula que os países signatários deverão tomar as medidas necessárias, inclusive legislativas, para alcançar objetivos como (a) o confisco de bens oriundos de atividades delitivas; (b) a identificação desses bens, bem como das transferências relativas a eles; (c) habilitar os juízes e as instâncias de fiscalização para que tenham contato com informações financeiras por meio do afastamento do segredo bancário; (d) permitir a utilização de técnicas especiais de investigação, tais como a interceptação de meios de comunicação e a vigilância de contas bancárias²⁶⁴.

Exceto pela ampliação do rol dos delitos antecedentes, no que tange ao delineamento geral do delito de ocultação de bens a redação do documento de Estrasburgo é muito parecida com a da Convenção de Viena – principalmente ao prever uma lista bastante prolixa de condutas a serem tipificadas pelos ordenamentos internos²⁶⁵. Mas, vale ressaltar algumas inovações trazidas pelo Conselho da Europa: em primeiro lugar, para reforçar a cooperação internacional e buscar um enfrentamento ainda mais globalizado do crime em questão, o Convênio (artigo 6.2.a) consagra o princípio da universalidade ao afirmar que o delito de

à intensificação da identificação dos beneficiários finais das operações bancárias. Assim: PRESTES, Cristine. *Aperta o cerco à lavagem de dinheiro*. p. C8.

²⁶³ No corpo do Convênio, diz-se que a lavagem pode ser precedida de “qualquer delito que gere produto econômico”, sem especificar uma lista de crimes prévios. Há quem critique essa técnica, afirmando que o ato de deixar a cargo dos ordenamentos internos a especificação dos delitos antecedentes pode causar dificuldades para a aplicação do próprio Convênio e para a cooperação internacional. Nesse sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. p. 198.

²⁶⁴ Nesse sentido são os artigos 2º a 5º do Convênio de Estrasburgo.

²⁶⁵ ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 165.

lavagem de capitais se consuma ainda que os atos de ocultação ocorram em um país diverso daquele onde se cometeu o delito prévio. Ademais, o artigo 6.2.b abre a possibilidade para que os ordenamentos internos – segundo suas Constituições, princípios e valores – digam se os autores e partícipes dos delitos prévios devem ser sancionados pelo crime de lavagem de dinheiro quando ocultam o produto “sujo”²⁶⁶. Em terceiro lugar, o Convênio de Estrasburgo diz (artigo 3.a) que cada parte decidirá, segundo seu ordenamento jurídico interno, se o crime de lavagem de dinheiro será ou não punível a título de imprudência.

Em 2005 o Convênio de Estrasburgo sofreu uma revisão parcial, que visou à intensificação do combate ao terrorismo. A principal inovação desse ato revisional foi a ordem para que os países signatários criassem, em âmbito interno, órgãos de fiscalização e gestão de informações denominadas “Unidades de Informação Financeira” (FIU), sempre no intuito de, por meio da vigilância do sistema financeiro e bancário, tentar perseguir o produto do crime organizado²⁶⁷.

2.3.6. Outros documentos internacionais sobre o tema

Os mais importantes textos de convênios e convenções são os citados nos tópicos anteriores. A partir deles é que o delito de ocultação de bens oriundos de práticas criminosas foi globalmente difundido em suas linhas gerais.

Depois dos documentos já mencionados surgiram alguns outros que tratam da matéria, tais como a Diretiva da Comunidade Europeia de 1991 e sua revisão, operada em 2001.

²⁶⁶ Aqui, é importante ressaltar que discordamos de PITOMBO quando este autor assevera que o Convênio de Estrasburgo “afirma ser o crime de lavagem de dinheiro inaplicável às pessoas que cometeram crime antecedente” (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. p. 47). Em verdade, o artigo 6.2.b do Convênio diz, tão somente, que “**pode estabelecer-se** que os delitos previstos em dito parágrafo [parágrafo 1 do artigo 6º] não sejam aplicados para as pessoas que cometeram o delito principal”. Portanto, não se trata de uma imposição, mas de uma faculdade aberta aos Estados signatários.

²⁶⁷ “Conforme el art. 1º del texto de 2005, la Unidad de Información Financiera es el organismo nacional central encargado de recibir, analizar y comunicar a las autoridades competentes los datos financieros obtenidos sobre bienes o derechos que generen sospecha de proceder de un delito, o estén relacionados con la financiación terrorista, así como los datos e informaciones enviados por los sujetos obligados a colaborar con este órgano, en virtud de la normativa nacional relativa a esta materia específica. (...) El Convenio establece la obligación de cada parte, para su Unidad Financiera de Información (FIU) tenga acceso directo o indirecto a la información financiera, administrativa y policial que sea necesaria para el ejercicio adecuado de sus funciones. Tal vez habría que suavizar esta obligación y estamos seguros de que no todos los ordenamientos jurídicos nacionales permitan, sin establecer reservas, la intercomunicación de datos como aquí se pretende”. ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Op. cit.* p. 74.

No que tange ao âmbito do continente americano, PITOMBO²⁶⁸ anota como relevantes três eventos internacionais sobre o tema.

O primeiro é o surgimento do Regulamento Modelo sobre delitos de lavagem relacionados com o tráfico de drogas e delitos conexos – elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas (CICAD) –, decorrente da XXII Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, realizada nas Bahamas, em 1993. Esse documento alerta principalmente para a necessidade de tipificação da lavagem como delito independente do crime prévio.

O segundo é a reunião da “Cúpula das Américas”, em Miami, no ano de 1994. Nessa reunião, o Brasil firmou um Plano de Ação para ratificar a Convenção de Viena e sancionar como crime independente a ocultação de rendimentos derivados de todos os “crimes graves”.

Por fim, merece ser mencionada a Conferência Ministerial sobre Lavagem de Dinheiro e Instrumento do Crime, em Buenos Aires, no ano de 1995. Neste ato assinou-se uma Declaração de Princípios que, no que tange ao crime antecedente, fazia alusão a delitos graves e relacionados, ou não, com o tráfico de drogas.

2.4. Algumas legislações internas sobre a ocultação de bens

Como decorrência natural de todos os documentos internacionais mencionados nos tópicos anteriores, diversos países, a partir do início da década de 1990, passaram a prever em seus ordenamentos jurídicos o crime independente de lavagem de capitais.

Como se verá, a normativa internacional surtiu o principal e inegável efeito de praticamente uniformizar as legislações nacionais sobre o tema.

2.4.1. Alemanha

Já no ano de 1992, a Alemanha edita sua Lei de lavagem de dinheiro, consubstanciada no § 261²⁶⁹ do Código penal (ao lado dos crimes que, no ordenamento brasileiro, correspondem à receptação e ao favorecimento real,

²⁶⁸ PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 51-52.

²⁶⁹ O Código Penal Alemão atualmente prevê o crime em estudo no § 261, que consta no Anexo 6 desta dissertação.

previstos nos artigos 180 e 349 do Código penal brasileiro), já prevendo como crimes antecedentes vários delitos diversos do tráfico de drogas.

O tipo básico de ocultação, previsto no artigo 261(1) do Código alemão é claramente extraído da Convenção de Viena (e, portanto, do *Money Laundering Control Act*, de 1986). É o que se retira da leitura da nota 268, *supra*.

A pena privativa de liberdade prevista pelo legislador alemão é de “até cinco anos”, cumulada com multa. Todavia, a reprimenda passa a ser de seis meses a dez anos para os “casos graves”, assim definidos aqueles em que o agente participa de uma organização voltada à prática reiterada de crimes dessa espécie, conforme o artigo 261(4).

Por fim, vale ressaltar que a legislação alemã pune, com base no artigo 261(5), a ocultação imprudente com pena privativa de liberdade de até dois anos, ou com multa, e estipula que a tentativa será punível, segundo o artigo 261(3).

Por fim, cumpre salientar que a legislação alemã consagra o princípio da universalidade no artigo 261(8), asseverando ser irrelevante o fato de o crime antecedente ser cometido no exterior – desde que a conduta seja prevista como crime também no país onde for praticada.

2.4.2. Espanha

A Espanha previu o delito em questão em seu ordenamento interno no ano de 1988, logo depois da Convenção de Viena.

A primeira legislação espanhola sobre lavagem de capitais estipulava como crimes antecedentes apenas aqueles referentes ao tráfico de drogas. Depois, em 1992 e 1995, o Código penal espanhol sofreu importantes alterações, com o que a dissimulação de dinheiro passou a poder ser antecedida por qualquer “delito grave”²⁷⁰.

Uma significativa mudança legislativa de 2003 ampliou ainda mais a incidência da norma incriminadora da ocultação de bens na Espanha, ao estipular

²⁷⁰ Cotejando-se os artigos 13 e 33 então em vigor na Espanha, tinha-se que “delitos graves” eram aqueles apenados com: (a) prisão superior a três anos; (b) inabilitação absoluta; (c) inabilitações especiais por tempo superior a três anos; (d) suspensão de emprego ou cargo público superior a três anos; (e) proibição para a condução de veículos automotores por tempo superior a seis anos; (f) a privação do Direito à posse e ao porte de armas por tempo superior a seis anos; (g) a proibição de residir ou frequentar determinados lugares por tempo superior a três anos. Nesse sentido: DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo código penal*. p. 136.

que o objeto material desse crime, a partir de então, poderia ser gerado por qualquer atividade delitiva, qualificável ou não como “grave”. E, mais recentemente, a Lei Orgânica 5/2010 conferiu ao Título XIV do Código Penal espanhol (dedicado exclusivamente à receptação e à lavagem de dinheiro) a redação que ostenta na atualidade²⁷¹.

A técnica da Lei espanhola é bastante minuciosa, pois estipula o *quantum* de pena de acordo com reprovabilidade das diversas maneiras previstas em Lei para o cometimento do crime. A maior reprimenda possível é de 6 anos de prisão (artigo 301), mas a sanção pode ser acompanhada, de acordo com cada circunstância, de punições pecuniárias e até mesmo da inabilitação para determinados ofícios pelo período de até vinte anos.

Assim como o legislador alemão, o espanhol também estipulou que a ocultação imprudente deve ser punida (artigo 301.3). Nesse caso, a pena é de seis meses a dois anos de prisão. Da mesma forma, consagrou o princípio da universalidade, afirmando que é irrelevante o fato de o crime antecedente ter sido cometido no exterior (artigo 301.4).

2.4.3. Portugal

Em Portugal, a criminalização da lavagem de dinheiro começou em 1993, mas foi a Lei n. 11/2004 que inseriu no Código Penal português o artigo 368-A²⁷², tal como redigido até hoje.

Apesar de a Lei portuguesa enumerar algumas espécies delitivas que figuram como crimes prévios, sua lista de crimes antecedentes é aberta, assim como ocorre hoje na Espanha, pois ao final do inciso 1 do artigo 368-A o legislador diz que todos os “*factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos*” podem gerar o objeto material da ocultação criminosa. A pena prevista é de dois a doze anos de prisão, mas pode ser agravada em caso de habitualidade (artigo 368-A, inciso 6).

Em respeito aos tratados internacionais sobre a matéria, o legislador português, assim como o alemão e o espanhol, também consagrou o princípio da

²⁷¹ A lavagem de capitais é prevista nos artigos 301 a 304 do Código Penal espanhol, transcritos no Anexo 7 desta dissertação.

²⁷² O Artigo 368-A consta no Anexo 08 desta dissertação.

universalidade no artigo 368, inciso 4.

Uma importante característica da Lei portuguesa de lavagem de capitais (artigo 368-A, inciso 10) é a limitação da pena da ocultação ao máximo da reprimenda prevista para o crime prévio – o que acentua, naquele país, o caráter acessório da lavagem em relação ao crime que efetivamente produz o lucro “sujo”.

2.4.4. Argentina

Em países sul-americanos os tratados internacionais sobre ocultação de bens decorrentes de práticas ilícitas também encontraram recepção.

Na Argentina o delito foi inicialmente tipificado no artigo 278 do Código Penal, em meio aos delitos contra a administração pública e, mais precisamente, ao lado do crime de encobrimento (equivalente ao favorecimento real, previsto no artigo 349 do Código penal brasileiro). Todavia, muito recentemente (em junho de 2011) foi editada no país vizinho a Lei n. 26.683, que inseriu no Código Penal os artigos 303 a 305, disciplinando a matéria no Título XIII, denominado “Delitos contra a ordem econômica e financeira”²⁷³.

A Argentina apresenta uma Lei de terceira geração, assim como a espanhola, que estabelece que qualquer prática delituosa que gere lucro ilícito pode anteceder a ocultação punível (artigo 303.1). A pena de prisão prevista pelo legislador argentino é de três a dez anos, mas pode ser aumentada em caso de habitualidade do agente ou quando este ostente a condição de funcionário público (artigo 303.2, letras a e b).

Todavia, o legislador argentino, desde 2002, faz uso de um subterfúgio que não consta nas legislações até aqui mencionadas, que se refere a um valor mínimo dos bens envolvidos nas operações de ocultação.

Na Lei de 2000 (artigo 278 do Código penal argentino), dizia-se que as sanções da lavagem de dinheiro só tinham incidência quando a dissimulação (em um ato só ou em vários atos conexos) superasse a quantia de 50.000 pesos. Caso a ocultação não atingisse esse patamar, o autor seria punido segundo as regras do artigo 277 daquele Código, ou seja, pelo crime de encobrimento (com pena de seis meses a três anos).

²⁷³ Os artigos 303 a 305 do Código Penal Argentino consta no Anexo 09 desta dissertação.

Em 2011, a técnica se repete, mas com termos e valores diversos. A nova Lei (atual artigo 303.1) estipula que a punição pela lavagem de dinheiro só terá cabida quando os bens envolvidos superarem a quantia de 300.000 pesos, “*seja em um só ato ou pela reiteração de fatos diversos vinculados entre si*”. Já o artigo 303.4 prevê que se a dissimulação dos bens não alcançar essa quantia a sanção será de seis meses a três anos – idêntica à do artigo 277 daquele Código –, mas sem mencionar expressamente o crime de encobrimento.

O artigo 304 do Código é dedicado à responsabilidade penal das pessoas jurídicas em caso de lavagem de dinheiro, e o artigo 305 disciplina o confisco e as medidas cautelares reais para recuperação dos bens decorrentes de práticas delitivas.

Por fim, cumpre dizer que a Lei argentina, em atendimento à política internacional de combate ao crime em comento, também consagra o princípio da universalidade. Nesse sentido, determina que a punição pela dissimulação de bens incidirá mesmo quando o crime prévio ocorrer no estrangeiro, desde que a conduta seja prevista como criminosa no país em que for cometida (artigo 303.5).

Diante dessas considerações acerca da legislação comparada, é possível analisar a Lei n. 9.613/98, que disciplina a matéria no Brasil.

2.5. Brasil: a Lei n. 9.613/98

Quase dez anos depois dos principais tratados internacionais sobre a lavagem de dinheiro, em 1998 foi editada no Brasil a Lei 9.613/98, a qual sofreu pequenas alterações em 2002 e 2003. A Lei apresenta mais de uma espécie delitiva – com redação muito próxima à das normas exemplificadas no tópico anterior –, expediente que explicita o claro intuito do legislador em tentar estender sua incidência para o máximo de condutas possíveis.

De forma parecida com o *Money Laundering Control Act*, a lista de crimes antecedentes da Lei brasileira (artigo 1º, incisos I a VIII) é fechada²⁷⁴, ao contrário do que ocorre em Portugal, Espanha e Argentina. O primeiro crime prévio, sintomaticamente, é o tráfico de drogas, mas a enumeração ainda inclui o terrorismo (ainda não definido nem apenado no ordenamento brasileiro) e seu financiamento, o

²⁷⁴ Embora seja muito mais reduzida do que aquela apresentada pela Lei dos Estados Unidos da América.

contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, os crimes contra a administração pública.– inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos –, todos os delitos contra o sistema financeiro nacional (Lei n. 7.492/86), os crimes praticados por organização criminosa, bem como os crimes praticados por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Código Penal)²⁷⁵.

O tipo básico da lavagem de capitais (artigo 1º), apenado com três a dez anos de reclusão, é previsto como a conduta de “*ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, Direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente*” dos crimes antecedentes.

Já nos parágrafos 1º e 2º, preveem-se algumas formas específicas de cometimento do delito:

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, Direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I - os converte em ativos lícitos;

II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros²⁷⁶.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, Direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos

²⁷⁵ Na elaboração da Lei n. 9.613, fez-se questão de não incluir no rol dos delitos antecedentes o crime de sonegação fiscal, sob a correta fundamentação apresentada na Exposição de Motivos n. 692, assinada pelo então Ministro da Justiça Nelson Jobim: “34. Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, Direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, Direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito”.

²⁷⁶ O § 1º traz meras exemplificações de condutas que já poderim ser punidas à luz do *caput* do artigo 1º. Afinal, o próprio § 1º estipula que tais ações, para que sejam puníveis, terão que ser cometidas “*para ocultar ou dissimular a utilização de bens, Direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo*”.

nesta Lei²⁷⁷.

Assim como o Código Penal alemão (artigo 261.3), a norma brasileira prevê expressamente que a tentativa será punível (artigo 1º, § 3º). E, de maneira bastante parecida com as Leis espanhola, portuguesa e argentina, o legislador brasileiro também estipulou um aumento de pena para a hipótese de o crime ser cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa (artigo 1º, § 4º).

Todavia, diferentemente do que ocorre nas legislações examinadas no tópico anterior, a Lei 9.613/98 não previu a modalidade culposa da lavagem de dinheiro, o que implica, segundo o artigo 18, parágrafo único, do Código Penal²⁷⁸, que a punibilidade só estará presente em caso de dolo, direto ou eventual²⁷⁹.

Como efeitos da condenação, são previstas duas consequências (artigo 7º): a perda, em favor da União, dos bens, direitos e valores objeto de crime, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, bem como a interdição do exercício de cargo ou função pública de qualquer natureza e de diretor, de membro de conselho de administração ou de gerência das pessoas jurídicas referidas no art. 9º, pelo dobro do tempo da pena privativa de liberdade aplicada.

O princípio da universalidade também foi seguido pela Lei 9.613/98, ao especificar (artigo 2º, inciso II) que *“o processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país”*.

Em respeito aos tratados internacionais mencionados no tópico 2.3, a Lei brasileira previu uma série de obrigações destinadas a empresas de diversos ramos de atividades²⁸⁰, para a identificação de seus clientes e para o registro de

²⁷⁷ Como se pode ver, o § 2º, redigido com criticável técnica, é extremamente abrangente, a ponto de fazer incidir a grave pena de 3 a 10 anos de prisão para a conduta de “participar” (genericamente) de “grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei”. Veja-se que o dispositivo utiliza apenas o verbo “participar”, sem requerer ao auferimento de nenhum ganho ilícito por parte do agente, nem a consecução de efetivas condutas concretas e indispensáveis para o “sucesso” do empreendimento criminoso.

²⁷⁸ “Salvo os casos expressos em Lei, ninguém pode ser punido por fato previsto como crime, senão quando o pratica dolosamente”.

²⁷⁹ A favor da punibilidade da lavagem de dinheiro em casos de dolo eventual, vide: MORO, Sergio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. p. 96-101.

²⁸⁰ Descritas no artigo 9º, que faz parte do Anexo 10 desta dissertação.

operações²⁸¹ que possam ser objeto de averiguações ou investigações. Da mesma forma, impõe a essas pessoas jurídicas o dever de comunicar às autoridades competentes – sem que o cliente fique sabendo disso – a realização de operações “suspeitas”²⁸², sob pena de responsabilização administrativa²⁸³.

Por fim, a Lei 9.613/98 criou, como órgão interno ao Ministério da Fazenda, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)²⁸⁴, “*com a finalidade de disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas nesta Lei, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades*” (artigo 14). Além disso, segundo a Lei 9.613/98 o COAF deverá “*coordenar e propor mecanismos de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, Direitos e valores*” (artigo 14, § 2º), cominicar “*às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis, quando concluir pela existência de crimes previstos nesta Lei, de fundados indícios de sua prática, ou de qualquer outro ilícito*” (artigo 15), bem como “*poderá requerer aos órgãos da Administração Pública as informações cadastrais bancárias e financeiras de pessoas envolvidas em atividades suspeitas*” (artigo 14, § 3º)²⁸⁵.

Este é o sistema preparado pelo legislador brasileiro para, em atendimento aos tratados internacionais assinados pelo país, incriminar a lavagem de capitais como delito autônomo e combatê-lo em cooperação com os órgãos internacionais – principalmente o GAFI.

Como dito ao início, o presente trabalho se presta a examinar o objeto de

²⁸¹ Tudo conforme o artigo 10 da Lei n. 9.613/98, transcrito no Anexo 10 desta dissertação.

²⁸² Nos termos do artigo 11, também transcrito no Anexo 10 desta dissertação.

²⁸³ Sanções previstas no artigo 12, que consta no Anexo 10 deste trabalho.

²⁸⁴ Lei n. 9.613/98, art. 16: “O COAF será composto por servidores públicos de reputação ilibada e reconhecida competência, designados em ato do Ministro de Estado da Fazenda, dentre os integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da Comissão de Valores Mobiliários, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, de órgão de inteligência do Poder Executivo, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e da Controladoria-Geral da União, atendendo, nesses quatro últimos casos, à indicação dos respectivos Ministros de Estado”.

²⁸⁵ Para exemplificar como se deram as primeiras ações envolvendo o COAF, transcreve-se trecho de Maíra Rocha MACHADO: “No decorrer de seus três primeiros anos de atividade, o COAF recebeu o total de 13.842 comunicações de transações suspeitas, que foram examinadas por oito técnicos ‘com a ajuda de bancos de dados disponíveis e dos órgãos que compõem o Conselho’. O relatório apresenta o total de comunicações discriminado de acordo com o setor econômico, revelando que os bancos (9.373), os bingos (2.407), o setor imobiliário (1.585) e as loterias (300) são as principais fontes, enquanto as bolsas, o mercado de títulos e valores imobiliários e as entidades fechadas de previdência social somam juntos 22 comunicações. Entre as 6.364 comunicações de transações suspeitas examinadas em 2001, em 99 casos foram detectados sérios indícios de prática de crime, encaminhados às autoridades policiais e ao Ministério Público”. *Op. cit.* p. 164.

tutela da incriminação mundial da ocultação de bens oriundos de práticas delituosas (seu bem jurídico), bem como avaliar a melhor forma de interpretar os similares tipos penais de perigo abstrato por acumulação criados mundo afora – algo que, a princípio, se pode conseguir sem o exaustivo e minucioso estudo dos aspectos objetivo e subjetivo do crime.

É o que se fará nos dois próximos capítulos.

CAPÍTULO 3: O BEM JURÍDICO TUTELADO PELA INCRIMINAÇÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO

3.1. A criação do risco ao bem jurídico como critério de diferenciação entre o exaurimento do delito antecedente e a tipicidade objetiva do crime de lavagem de capitais

No primeiro capítulo foram fixadas algumas premissas. Seguindo-se aquela exposição, o ponto de partida do qual se partirá para a interpretação do crime de lavagem de capitais como delito de perigo por acumulação será a linha de pensamento do *funcionalismo teleológico*, preconizada por Claus ROXIN e seguida por juristas como Jorge de FIGUEIREDO DIAS e Pierpaolo Cruz BOTTINI. Segundo essa corrente ideológica, o Direito Penal – mesmo na sociedade de risco – tem uma principal (e única) função: a proteção de *bens jurídicos* indispensáveis para a livre convivência em sociedade.

Dessa forma, a criação do risco não permitido para um bem jurídico penalmente tutelado é o critério mais claro e adequado para servir de base à distinção entre o exaurimento do crime antecedente e a tipicidade do crime de ocultação de bens. Em outras palavras, a criação do risco ao bem protegido pela incriminação da lavagem de capitais há de ser o marco que diferencia, por um lado, um pós-fato impunível relativo ao delito precedente e, por outro, o início da execução (punível) do crime de lavagem de dinheiro.

Levando-se em conta a já citada definição de lavagem de dinheiro formulada por GÓMEZ INIESTA²⁸⁶ – que é compatível com o Direito brasileiro e tem

²⁸⁶ “Aquella operación a través de la cual el dinero de origen siempre ilícito (...) es invertido, ocultado, sustituido o transformado y restituído a los circuitos económico-financieros legales, incorporándose a

a vantagem de exigir, para a configuração deste crime, que a reinserção do dinheiro sujo na economia lícita ocorra por meio de fraudes ou ardis²⁸⁷ –, tem-se que o “exaurimento do delito antecedente” se dá com o mero uso ou gasto do dinheiro ilícito, sem o emprego de manobras voltadas à dissimulação²⁸⁸. Pelo contrário, a tipicidade objetiva da ocultação começa precisamente na utilização de manobras para a ocultação da origem do lucro ilegal²⁸⁹, momento este que deverá obrigatoriamente coincidir com o início de uma agressão ao bem jurídico do crime aqui em exame²⁹⁰.

Se a incriminação da lavagem (não só no Brasil) é autônoma e independe do crime que a precede, então a diferenciação entre o exaurimento do crime antecessor (o uso do dinheiro sujo) e a tipicidade objetiva da ocultação deverá passar pela nova criação de um risco desaprovado para um bem jurídico. Este novo

cualquier tipo de negocio como se hubiera obtenido de forma lícita”. GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*. p. 21.

²⁸⁷ Veja-se que a definição aqui proposta diz claramente que a lavagem configura uma operação de reinserção do dinheiro na economia lícita “como se o lucro houvesse tido origem lícita”, o que pressupõe a utilização de fraudes, manobras, ardis tendentes a dissimular a gênese do bem ou dinheiro ocultado.

²⁸⁸ Afinal, “na lavagem de dinheiro a punição somente se justifica quando a conduta não seja desdobramento natural do delito antecedente, uma vez que a punição somente se legitima ao se verificar modo peculiar e eficiente de dificultar a punição do Estado. Exige-se uma conduta (ação ou omissão) voltada especificamente à “lavagem”. Haverá, assim, tão-só a prática do crime precedente quando a conduta de lavagem for considerada uma utilização ou um aproveitamento normal das vantagens ilicitamente obtidas. Do contrário, haveria verdadeiro *bis in idem* e punição inadequada do autor do fato antecedente por delito de Lavagem de Dinheiro. Com isso, ficariam afastadas desta infração penal as condutas de guardar dinheiro em colchão, subornar testemunhas para se conseguir *álibi* etc.”. DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à Lavagem de dinheiro*: p. 41. No mesmo sentido: “Ao penalista incumbe distinguir as condutas voltadas a conseguir proveito do crime daquelas destinadas a ocultar e dissimular a origem ilícita dos bens. Pois, muito embora o produto da lavagem de dinheiro seja proveito do crime antecedente, nem todo comportamento econômico do delinquente que dá causa a proveito da infração penal anterior constitui o crime de lavagem de dinheiro. Posterior à consumação da infração penal antecedente, pode ser *post factum* não punível. Mero exaurimento, ligado ao crime prévio por causalidade material, representando a obtenção do resultado pelo agente. Cuida-se de ato que complementa a ação típica principal cuja punição o absorve. Pense-se, por hipótese, no agente que compra bem imóvel, depois de obter vantagem indevida, mediante a prática do crime de corrupção passiva (art. 317 do CP). O agente registra a propriedade no próprio nome e reside no local. Impossível vislumbrar o enquadramento do fato à previsão do art. 1º da Lei 9.613/1998, por razões, objetivas ou subjetivas, clarividentes”. PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 108-109.

²⁸⁹ É o que tem afirmado, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça. Para exemplificar, basta transcrever trecho do voto proferido pelo Ministro Gilson Dipp (relator para o acórdão) nos autos de Ação Penal n. 458/SP: “Assiste razão ao Em. Relator quando afirma, com suporte doutrinário, que o mero proveito econômico do produto do crime não configura lavagem de dinheiro, que requer a prática das condutas de *ocultar* ou *dissimular*. Assim, não há que se falar em lavagem de dinheiro se, com o produto do crime, o agente se limita a depositar o dinheiro em conta de sua própria titularidade, paga contas ou consome os valores em viagens ou restaurantes”. Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Ação Penal n. 458/SP, Relator para o acórdão Ministro Gilson Dipp, julgamento em 16/09/2009, publicado em 18/12/2009.

²⁹⁰ Um bem jurídico que não se confunde com a agressão já operada pelo delito prévio, a não ser que se considere que a lavagem de capitais agride o mesmo bem jurídico do crime precedente.

risco terá que se dar, necessariamente, ou em relação a um novo bem jurídico, ou em relação ao mesmo bem jurídico do delito prévio, mas, por óbvio, neste segundo caso, em uma outra dimensão²⁹¹. Caso contrário, estaria configurada uma afronta à vedação ao *bis in idem* – ao menos no que tange ao próprio autor do crime que gerou o lucro ocultado.

A importância da definição do bem jurídico do branqueamento, portanto, é essencial em dois sentidos. Em primeiro lugar, para que se possa averiguar a própria legitimidade da tipificação deste crime, pois na falta de um bem jurídico tutelado só se poderá concluir pela completa inconsistência da legislação diante do funcionalismo teleológico. Em segundo lugar, para definir o marco inicial da punibilidade pelo crime de lavagem, pois enquanto o agente não cria este novo risco a um bem jurídico penalmente relevante, sua atuação ainda não poderá ser considerada típica para fins de incidência da Lei n. 9.613/98. A conduta será, no máximo, classificável como um pós-fato impunível relativo ao crime precedente.

Além disso, as consequências práticas da definição do bem jurídico tutelado são bastante evidentes, principalmente no que tange à punibilidade (ou não) do autor do crime prévio, e à configuração (ou não) da tipicidade objetiva para atos pequenos e isolados de ocultação.

3.2. A diversidade doutrinária acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal de ocultação de bens

Na doutrina brasileira e estrangeira são encontrados diversos posicionamentos acerca do bem jurídico defendido pelo tipo penal de ocultação de bens, situação que deve, de pronto, gerar perplexidade ao atento estudioso do Direito penal. Afinal, não é corriqueiro que se depare com tipos penais que gerem

²⁹¹ Francisco MUÑOZ CONDE bem coloca que delimitar o âmbito das condutas delitivas, ou seja, o âmbito de incidência da norma incriminadora, é um dos problemas centrais do crime de lavagem de dinheiro: “Com a venda de uns kilos de cocaína pode-se alimentar uma família durante anos, pode-se comprar um luxuoso chalet ou pagar honorários a um bom advogado, se se tem a má sorte de cair nas mãos da Polícia. Qual destas atividades pode ser constitutiva de delito? Provavelmente, com o novo Código penal [espanhol] na mão, todas, mas obviamente nem todas podem ser perseguidas penalmente como ocultação delitiva, a não ser que se queira que o delinquente não possa sequer alimentar sua família com o dinheiro obtido na comissão de um delito, ou limitar seu sacrossanto Direito de defesa, impedindo-o de eleger aos mais prestigiosos advogados da região”. MUÑOZ CONDE, Muñoz. Prólogo. In: DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*. p. 18. No mesmo sentido, conferindo importância ao bem jurídico tutelado pelo tipo da lavagem como critério para definição do merecimento e necessidade de pena, vide GÓMEZ INIESTA, Diego J. *Op. cit.* p. 37.

tamanha divergência logo acerca do elemento básico e central que legitima qualquer tipificação: o bem jurídico penalmente relevante que passa a ser tutelado com a existência da previsão de uma conduta punível²⁹².

Se, segundo a linha doutrinária aqui defendida, a razão de ser de todo e qualquer tipo penal é tão somente a proteção de um bem jurídico específico, causa estranheza que até hoje – mais de vinte anos depois do surgimento das primeiras legislações que incriminam condutas de ocultação de bens – não se tenha um consenso doutrinário acerca deste elemento central do crime examinado.

A situação aqui denunciada dá-se por algumas razões.

Como já explicado no capítulo anterior, a lavagem de capitais se insere no contexto da internacionalização e da expansão do Direito penal, fenômenos marcados por recíprocas influências entre os sistemas jurídicos dos diferentes países²⁹³. E, a toda evidência, os primeiros movimentos de criminalização da ocultação de bens foram capitaneados pelos Estados Unidos da América. Foi a partir do entendimento estadunidense sobre o tema que as demais nações passaram, depois de acordos internacionais sobre o tema, a prever em seus ordenamentos o crime de lavagem de capitais.

No Brasil, essa influência é absolutamente evidente. Para constatar isso basta analisar o rol de crimes antecedentes previsto nos incisos do artigo 1º da Lei n. 9.613/98. O primeiro dos crimes prévios é o de tráfico de drogas – certamente o crime mais reprimido internamente e internacionalmente pelos Estados Unidos. Além disso, entre os crimes antecedentes da Lei brasileira ainda se encontra o de terrorismo, que também recebe especial atenção dos EUA há muito tempo, mas que nem sequer está previsto no ordenamento nacional.

Ocorre que a noção de *bem jurídico* e a discussão sobre o funcionalismo teleológico são temas afetos aos países do sistema romano-germânico. Ainda que o

²⁹² Num estado democrático de Direito, o normal é que toda pessoa integrada na sociedade saiba o que há de errado em uma conduta criminosa. Os tipos, em regra, são facilmente apreensíveis pela maioria da população, pois neles está refletida a proteção de seus valores essenciais. Assim, num estado com essas características, o erro de proibição tende a ter um campo reduzido de aplicação. Todavia, há tipos penais que causam perplexidade, pois sua leitura não revela, de imediato, qual o bem jurídico que se procura proteger. A lavagem de capitais é um desses crimes. A doutrina, até hoje, não conseguiu gerar unanimidade neste aspecto. A própria evolução do delito e sua proximidade com outras figuras delitivas que sempre tiveram problemas de classificação (encobrimento e receptação), induz a pensar que este é um campo necessitado de novas aproximações. Neste sentido: MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?* p. 91-92.

²⁹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 102 e seguintes.

sistema norte-americano, em diversos pontos, seja informado pelo “*harm principle*”²⁹⁴, não se pode dizer que tenha como ponto de partida a ideia de bem jurídico ou de um conceito equivalente a esse²⁹⁵.

Aliás, como bem explica o professor João Gualberto Garcez RAMOS²⁹⁶, o sistema jurídico (penal) norte-americano é regido por princípios pragmáticos: uma vez constatada a necessidade de coibir uma determinada prática vista como socialmente danosa, abre-se a possibilidade de criar um tipo penal. Ainda que em várias ocasiões isso desemboque na criação de tipos que verdadeiramente protejam bens jurídicos – nos moldes europeus –, esta não é uma exigência para a incriminação de uma determinada conduta.

O fato de a criminalização da lavagem de dinheiro ter se originado num sistema para o qual a ideia de bem jurídico ostenta pouca ou nenhuma relevância ajuda a explicar a dificuldade que a doutrina europeia continental encontra para definir o bem que tal tipo visa a tutelar.

É por isso que Juana DEL CARPIO DELGADO²⁹⁷ afirma que a tipificação da lavagem deu-se numa lógica oposta àquela empregada para a criação de outros tipos penais. Segundo essa autora, o normal é que, em primeiro lugar, identifique-se o bem jurídico que se quer proteger para, depois, criar-se a norma incriminadora. Na lavagem de dinheiro o caminho foi inverso: primeiro criou-se o tipo, e depois se tentou explicar a razão de sua criação.

Outro motivo para a dissonância em relação ao bem jurídico da lavagem

²⁹⁴ Como assinala KAHLO, o conceito de bem jurídico não se identifica com o *harm principle* da *common law*. Em verdade, a função de limitação do poder de punir não pode ser dada satisfatoriamente pelo *harm principle*, a não ser que se delimitasse com mais clareza um dos seus elementos básicos (mais precisamente, o elemento “interesse”). Nesse sentido: KAHLO, Michael. *Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en derecho penal*. p. 61.

²⁹⁵ Ao comparar a teoria do bem jurídico na Alemanha com as bases do sistema norte-americano, afirma HIRSCH que “*ni en la dogmática penal americana ni en la inglesa se maneja tal concepto – o um sinónimo de este*”. HIRSCH, Andrew von. *El concepto de bien jurídico y el “principio de daño”*. p. 38.

²⁹⁶ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. p. 65 e seguintes.

²⁹⁷ “Sin embargo, si observamos la producción legislativa actual, sobre todo lo que ha venido denominando moderno Derecho penal, lo más característico y sorprendente ES que se invoque El concepto de bien jurídico para criminalizar acciones, antes que como limite de criminalización, cambiando la función que originariamente se le atribuyó. En este caso, el legislador nos manifiesta las razones que le han llevado a tipificar el blanqueo de bienes, pero no podemos afirmar que se haya determinado El bien jurídico, de ahí que la confusión está servida y cada uno se decante por el bien jurídico que más le convenza o simplemente por discrepar de su tipificación considerando que ésta se hace innecesaria al encontrarse las conductas descritas em otros tipos ya existentes e, incluso, llegar a la conclusión de que pueden ser otras ramas Del Ordenamiento jurídico las que protejan esos aún identificables bienes jurídicos, por lo cual el principio de intervención mínima y la consideración de última ratio Del Derecho penal ES puesta em duda em esta matéria”. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*. p. 36-37.

de dinheiro é o fato de sua previsão ter se iniciado, pelo menos no Brasil, em uma Lei especial, e não no corpo do Código penal, inserida em capítulos ou títulos destinados à proteção de bens jurídicos específicos (“dos crimes contra o patrimônio”, “dos crimes contra a administração pública”, “dos crimes contra a administração da justiça”, etc.). Diante da falta de orientação legislativa, cada doutrinador viu-se livre para classificar a ocultação dentro deste ou daquele grupo de delitos, o que por certo gerou divergências²⁹⁸.

Por fim, consideramos que uma última razão contribuiu para a confusão doutrinária acerca do bem jurídico da lavagem de capitais: a própria redação dos tipos incriminadores. Como bem reconhece Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, na Espanha, apesar de o Código penal prever, hoje, a lavagem de dinheiro entre os delitos contra a ordem socioeconômica, sua redação, em primeira vista, leva a crer tratar-se de um crime contra a administração da justiça²⁹⁹. Esse problema, dada a similitude da redação das Leis brasileira e espanhola, se repete aqui no Brasil.

Colocadas essas premissas, passemos a analisar os pontos de vista doutrinários acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal de lavagem de capitais.

3.2.1 Ausência de bem jurídico protegido. Desnecessidade e falta de oportunidade na autonomia do crime de ocultação de bens

Na doutrina europeia, as críticas mais contundentes à tipificação da lavagem de capitais são formuladas por Miguel BAJO FERNÁNDEZ, um dos professores catedráticos de Direito Penal da Universidade Autônoma de Madri. No Brasil, a doutrina de João Carlos CASTELLAR³⁰⁰ também vai nesse sentido, concluindo que a lavagem de capitais não protege nenhum bem jurídico com relevância penal.

Seus posicionamentos são bastante controvertidos. De qualquer forma,

²⁹⁸ Mesmo com a reforma do Código Espanhol de 1995, que fez com que a ocultação de bens passasse a integrar o rol dos Crimes Contra a Ordem Socioeconômica no artigo 301 do Código, a doutrina continuou divergente acerca do bem jurídico tutelado, conforme se demonstrará em futuros tópicos deste trabalho.

²⁹⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. p. 500.

³⁰⁰ Para CASTELLAR, casos de lavagem poderiam muito bem ser resolvidos por mecanismos estatais administrativos (extrapenais), ou por outros tipos penais já existentes no Código Penal. Neste sentido: CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de Dinheiro: a questão do bem jurídico*. p. 175 e seguintes.

os apontamentos desta corrente de pensamento são indispensáveis não apenas no debate acerca do bem jurídico que se procura tutelar com a incriminação da lavagem de dinheiro, mas também para a própria fixação dos contornos do âmbito de incidência do crime aqui analisado.

Segundo BAJO FERNÁNDEZ, a criminalização da ocultação de bens é desnecessária e inoportuna³⁰¹, pois os tipos de encobrimento³⁰² (que no Brasil corresponde aos crimes de favorecimento real e pessoal) e receptação³⁰³, já previstos na Lei espanhola muito antes da ocultação de bens, seriam suficientes para solucionar os casos de lavagem. O tipo em exame, dessa forma, configuraria um perfeito exemplo de expansão indevida do Direito penal³⁰⁴.

³⁰¹ “Es innecesaria porque se solapa con los delitos relativos al comportamiento postdelictivo (encubrimiento y receptación) y es perturbadora porque, si se independiza totalmente del delito base (como ocurre con la regulación penal de los arts. 301 a 304 del Código Penal), no se puede razonablemente concretar un objeto jurídico de protección. Por otro lado pertenece a un Derecho penal expansivo impropio de un Estado liberal, porque impone deberes positivos, en este caso, de información que pueden incluso dificultar la vida económica. De ahí que se haya dicho que los deberes, cuyo incumplimiento da lugar al delito de blanqueo de dinero, han de ser interpretados de modo cauteloso y restrictivo”. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *El desatinado delito de blanqueo de capitales*. p. 12.

³⁰² O crime de encobrimento é previsto no artigo 451 do Código Penal espanhol, e abarca três tipos de condutas diferentes, todas previstas nos números 1º a 3º deste dispositivo: auxílio complementar, favorecimento real e favorecimento pessoal. A redação do artigo 451 é a seguinte: “Artículo 451: Será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años el que, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o cómplice, interviniera con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 1. Auxiliando a los autores o cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio; 2. Ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento; 3. Ayudando a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes, o a sustraerse a su busca o captura, siempre que concurra alguna de las circunstancias siguientes: a) que el hecho encubierto sea constitutivo de traición, homicidio del Rey, de cualquiera de sus ascendientes o descendientes, de la Reina consorte o del consorte de la Reina, del Regente o de algún miembro de la Regencia, o del Príncipe heredero de la Corona, genocidio, delito de lesa humanidad, delito contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, rebelión, terrorismo, homicidio, piratería, trata de seres humanos o tráfico ilegal de órganos; b) que el favorecedor haya obrado con abuso de funciones públicas. En este caso se impondrá, además de la pena de privación de libertad, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años si el delito encubierto fuere menos grave, y la de inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años si aquél fuera grave”.

³⁰³ Os tipos básicos de receptação são previstos nos artigos 298 e 299 do CP espanhol, no mesmo capítulo que a lavagem de dinheiro. A redação destes artigos é a seguinte: “Artículo 298. 1. El que, con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de un delito contra el patrimonio o el orden socioeconómico, en el que no haya intervenido ni como autor ni como cómplice, ayude a los responsables a aprovecharse de los efectos del mismo, o reciba, adquiera u oculte tales efectos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Artículo 299. 1. El que con ánimo de lucro y con conocimiento de la comisión de hechos constitutivos de falta contra la propiedad, habitualmente se aprovechara o auxiliara a los culpables para que se beneficien de los efectos de las mismas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año”.

³⁰⁴ “La nueva figura delictiva es inoportuna por ser innecesaria, perturbadora y responder exclusivamente a la mentalidad de una clase burocrata afincada en organismos al estilo del GAFI que confunde los fines preventivos, políticos e policiales en la lucha contra la criminalidad organizada con la función del Derecho penal”. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Op. cit.* p. 12.

Esse autor conceitua a lavagem de dinheiro como “*um estratagemas pelo qual um possuidor de dinheiro subtraído ao controle da Fazenda pública o incorpora à margem da legalidade, ocultando a infração fiscal implícita e, em seu caso, a origem delitiva da riqueza*”³⁰⁵. Trata-se, assim, de uma conduta que traz à economia oficial montantes em dinheiro que tendiam a permanecer na clandestinidade total, dado que a sua origem é ilícita. Ironicamente, portanto, tratar-se-ia de uma atividade que deveria ser promovida pelos poderes públicos³⁰⁶, pois coincide exatamente com o objetivo de todos os mecanismos de inspeção econômica de um país, principalmente de agências responsáveis pelo recolhimento de tributos³⁰⁷. Nessa linha, a lavagem traria ao Estado – e à população em geral – a vantagem de fazer incidir impostos sobre a renda ilicitamente obtida, tributação esta que seria impossível caso o lucro sujo fosse mantido na clandestinidade.

Embora polêmico o argumento, é interessante notar que essa fundamentação de caráter eminentemente econômico é aceita por alguns doutrinadores que, por outros motivos, defendem a tipificação da lavagem de dinheiro³⁰⁸.

Eis aqui o centro da crítica de BAJO FERNÁNDEZ: uma vez ressaltada esta suposta consequência benéfica da ocultação de capitais para o próprio Estado, a única relevância que poderia ter este crime estriba no que ela mesma representa como participação no delito base, como receptação ou encobrimento³⁰⁹ – crimes

³⁰⁵ Idem. p. 13.

³⁰⁶ No mesmo sentido desta polêmica posição, vide: SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena: consideraciones críticas a la luz de la legislación española*. Disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584062101481851765679/Suarez95.pdf>. Acesso em 05/01/2012.

³⁰⁷ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Op. cit.* p. 13.

³⁰⁸ É o caso de MOLINA FERNÁNDEZ, que, como se verá em tópicos posteriores, justifica a tipificação da ocultação de bens como “participação pós-delitiva no crime precedente”. Ainda que este professor não concorde com a tese central de BAJO FERNÁNDEZ (segundo a qual a lavagem de dinheiro não protege nenhum bem jurídico penalmente relevante), assume que “[...] no es en absoluto claro cuáles son los daños que el hecho de blanqueo (...) provoca en la economía. Por lo pronto, resulta claro, que desde la perspectiva de uno de los intereses clásicos del orden económico, como es la hacienda pública, el blanqueo puede ser beneficioso. En este punto le asiste la razón a BAJO FERNÁNDEZ, como muestra el hecho, que este mismo autor recuerda, de que el Estado con certa frecuencia arbitre procedimientos para sacar a la luz el dinero negro, o que algunos países se hayan especializado en la captación y lavado de estos fondos. Con ello no quiero decir que esta práctica sea correcta, que no lo es porque tiene otros efectos perjudiciales, sino tan solo que a efectos de recaudación tener el dinero en la economía sumergida es negativo, y hacerlo aflorar es positivo, y por eso cuando el Estado necesita aumentar la recaudación surge la tentación de recurrir a instrumentos de blanqueo legal”. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?* p. 111-112.

³⁰⁹ Consequentemente, protegendo os mesmos bens jurídicos que estes delitos preexistentes à ocultação.

estes já previstos na legislação, muito antes do delito em exame.

Daí a conclusão de BAJO FERNÁNDEZ, segundo a qual a lavagem de capitais representaria um desnecessário e exagerado crime de perigo abstrato³¹⁰ que consistiria na tentativa de evitar-se o perigo inerente ao aproveitamento do lucro ilícito na promoção de outros delitos, mas não na proteção – próxima ou distante – de um bem jurídico penalmente relevante que lhe seja particular. Por isso é que, segundo esse autor, a criminalização da lavagem é descabida, uma vez que o seu fim já é alcançado por outros tipos penais que lhe antecederam (o encobrimento e a receptação).

Esse professor salienta que as exigências dos princípios do Direito penal liberal só seriam cumpridas se a lavagem de dinheiro se concebesse como forma de *participação pós-delitiva elevada a delito independente* (tal como o encobrimento), com as seguintes características: (1) não deveria ser aceitável que o autor do branqueamento de capitais tivesse participado no delito anterior, nem como autor, nem como partícipe (diante da vedação à punibilidade do autoencobrimento³¹¹); (2) não se poderia impor à ocultação uma pena maior do que a do delito antecedente, dado que a ocultação não deveria passar de mera participação pós-delitiva; (3) o tipo deve incidir somente para coibir os efeitos derivados dos delitos que em última instância se pretende combater, ou seja, os grandes e significativos atos relativos à *criminalidade organizada*³¹²; (4) deve-se evitar o castigo na modalidade culposa; (5) dever-se-ia deixar às sanções administrativas os casos que se possam resolver com medidas extrapenais³¹³.

Em sua opinião, todavia, a regulamentação espanhola não cumpriu com nenhuma dessas exigências, limitando-se a obedecer cegamente às pretensões

³¹⁰ “En efecto, obsérvese que la creación expresa del delito de lavado de dinero o blanqueo de capitales como figura ajena a la participación postdelictiva, implica la intención de impedir que el dinero o los bienes origen del delito de la organización criminal (narcotráfico, armas, corrupción administrativa, etc.) pueda ser utilizado por ésta en la comisión de nuevos delitos. El delito sólo se explica por el *peligro* que se presume insito en el comportamiento, no por la lesión próxima o lejana de un bien jurídico. la idea de que estaríamos frente a un delito de peligro abstracto si el lavado o blanqueo lo concebimos ajeno al comportamiento postdelictivo, late en los argumentos de la STS de 21 de diciembre de 2005, al argüir que ‘incide en otros bienes jurídicos ya que los autores no sólo obtienen ingentes ganancias sino incluso un poder de corrupción que es un *peligro* evidente para la estabilidad de los sistemas políticos y para la adecuada estructuración de la sociedad a la que se envía un mensaje demoledor que afecta a los valores éticos’”. Idem. p. 14-15. Esta é uma das razões, inclusive, pelas quais este professor assevera que os fins da incriminação da lavagem (perseguidos pelo GAFI) poderiam ser atingidos por medidas extrapenais.

³¹¹ Vedação expressa no próprio *caput* do artigo 451 do Código Penal Espanhol, bem como no *caput* do artigo 349 do Código Penal Brasileiro.

³¹² Com o que pequenos e/ou isolados atos de lavagem de dinheiro deveriam ser impuníveis.

³¹³ BAJO FERNÁNDES, Miguel. *Op. cit.* p. 12.

penais expansionistas de órgãos internacionais como o GAFI, na luta contra a criminalidade organizada.

É pela completa ausência de um bem jurídico particular que o professor de Madri conclui que a conduta da ocultação só poderia ser punida como uma espécie de participação pós-delitiva (assim como o crime de encobrimento), mas nunca como um delito independente e completamente desvinculado do crime prévio, a ponto de poder ser punido, inclusive, com uma pena maior do que este.

Para BAJO FERNÁNDEZ, a forma como o legislador espanhol – e também o brasileiro, diga-se – previu o tipo da lavagem faz com que este crime acabe por incorrer em quatro equívocos³¹⁴: (1) o afastamento do princípio de impunidade do autoencobrimento³¹⁵ quando se possibilita o castigo da lavagem em concurso material com o delito prévio, para o próprio autor do crime antecedente; (2) não se requer uma sentença definitiva que julgue definitivamente o delito prévio³¹⁶, contrariando-se a própria segurança jurídica, dado que só uma sentença judicial transitada em julgado forneceria a certeza do cometimento do crime antecedente; (3) castiga-se a forma imprudente da ocultação³¹⁷; (4) aceita-se que a pena da lavagem possa ser maior do que a do crime antecedente³¹⁸, o que chega a ser absurdo, pois o desvalor da ocultação não poderia nunca ser maior do que o da conduta que gera o lucro ocultado³¹⁹.

Todas as ressalvas acima transcritas bem demonstram que a crítica de BAJO FERNÁNDEZ reside, principalmente, na total desvinculação da lavagem em relação ao crime prévio. É isso que, aparentemente, esse autor quer dizer quando afirma que a ocultação punível “não foi prevista como uma forma de participação pós-delitiva”, mas propriamente como um delito independente, que não guarda uma relação de acessoriedade com o crime que o precede, a não ser no que tange à

³¹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Op. cit.* p. 16.

³¹⁵ Sobre este aspecto: “En la doctrina española quienes sostienen, como yo en estos momentos, la inoportunidad de la fórmula de delito ajeno a la participación postdelictiva postulando que deve ser interpretado como forma de encubrimiento, se inclinan por la solución de la impunidad del autoencubrimiento y, por tanto, de la necesidad de que El autor Del lavado o blanqueo no haya participado ni como autor ni como cómplice en el delito encubierto”. *Idem.* p. 16.

³¹⁶ Algo que a Lei n. 9.613/98 também não exige.

³¹⁷ Fenômeno que, ao menos até o presente, não acontece no Brasil.

³¹⁸ O que também não é vedado no Direito Brasileiro.

³¹⁹ A crítica ganha relevo quando se atenta pra a redação do próprio Código penal espanhol, que no artigo 452 estipula: “Artículo 452. En ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviera castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de seis a veinticuatro meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta, en cuyo caso se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior”.

geração do lucro a ser ocultado (seu objeto material).

Em tom de conclusão, BAJO FERNÁNDEZ rechaça a tipificação da lavagem de dinheiro asseverando que (1) não há razão para dizer que a reinserção – ainda que fraudulenta e artilosa – do dinheiro sujo na economia oficial necessariamente cause danos ao Estado e à economia em geral; (2) que os casos de lavagem de capitais podem ser solucionados com a simples incidência dos tipos penais da receptação e do encobrimento (leia-se: no Brasil, receptação, favorecimento pessoal e favorecimento real); e que (3) há razão para criticar a tipificação independente da lavagem de dinheiro, pois os princípios do Direito penal só seriam respeitados se esta conduta fosse punida em forma de participação pós-delitiva, limitando-se a pena da ocultação ao máximo cominado ao delito prévio e vedando-se a punição daquele que, como autor ou partícipe, tenha atuado no cometimento do crime antecessor³²⁰.

De maneira similar, João Carlos CASTELLAR assevera que a regulamentação administrativa (por circulares e demais atos regulatórios do Banco Central e do COAF) é capaz de disciplinar os mercados de capitais e as demais searas em que a lavagem de dinheiro é realizada em grande escala. Dessa forma, o tipo penal da ocultação de bens é desnecessário diante do princípio de carência de tutela penal (do qual se falou no tópico 1.1.4), pois os interesses protegidos pela Lei n. 9.613/98 seriam satisfatoriamente tutelados pelo Direito civil e administrativo.

Segundo esse autor, nas hipóteses em que ficar evidente alguma transação envolvendo dinheiro ilícito, em proveito próprio ou alheio, ou alguma prestação de auxílio ao criminoso para tornar seguro o proveito do delito – condutas que, em tese, subsumem-se aos tipos de lavagem de dinheiro –, “*estará o Código Penal apto a assegurar a proteção que se fizer necessária aos bens jurídicos que venham a ser vulnerados, não havendo obstáculos dogmáticos (...) para que se o aplique em face das hipóteses que hodiernamente se apelidam de operações de lavagem de dinheiro*”³²¹.

3.2.1.1. Críticas

Como se disse ao início deste tópico, não são poucas as críticas dirigidas

³²⁰ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Op. cit.* p. 17 e seguintes.

³²¹ CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.* p. 191-192.

à linha de pensamento de BAJO FERNÁNDEZ – principalmente quando afirma que a lavagem de dinheiro tem um forte caráter benéfico para a economia e para o Estado, dada a tributação que passa a incidir sobre o dinheiro que se encontrava na total clandestinidade. Tal posicionamento vai de encontro com toda a mentalidade político-criminal mundial acerca da ocultação de bens, muito bem condensada na Convenção de Viena e nas 40 Recomendações do GAFI.

As principais objeções provêm daqueles autores que defendem ser a ordem econômica, em sentido lato ou em sentido estrito (como licitude do tráfico de bens que circulam no mercado), o bem jurídico tutelado pela incriminação da reciclagem.

Em regra, considera-se que o simples fato de a lavagem de dinheiro fazer incidir tributação sobre quantias que, até seu cometimento, tendiam a permanecer na clandestinidade, não convence. Para GÓMEZ INIESTA e PITOMBO³²², por exemplo, essa vantagem seria meramente pontual, superficial e imediata, de modo que os reais prejuízos da lavagem à ordem econômica em geral seriam evidentes e suficientemente vultosos para fazer diminuir a importância desse suposto benefício. Isso porque a ordem econômica não se resume à ordem tributária, com o que uma atividade eventualmente (e imediatamente) benéfica para uma dessas esferas pode encerrar grave prejuízo para outra.

Além disso, o pagamento de tributos sobre o lucro ilícito dar-se-ia exclusivamente para despistar as operações de lavagem e o próprio cometimento dos delitos prévios. A tributação sobre o dinheiro sujo revelaria, assim, um elemento

³²² “Sin embargo, no conviene confundir los términos, pues el fin no siempre justifica los medios. De acuerdo con la definición de *blanqueo* de capitales con la que dábamos comienzo este trabajo, las semejanzas que presenta con el dinero negro procedente de fraudes fiscal son muchas pero la ocultación de dinero negro a las Haciendas Públicas siendo un delito fiscal poco o nada tiene que ver cuando de lo que se trata es de blanquear dinero procedente de una actividad que siempre es delictiva, lo cual justifica especial punición. En el blanqueo existe una clara pretensión no tanto de eludir las obligaciones fiscales, y ello parece reflejado en la rapidez con la que esse dinero ilícito se transforma a través de las más diversas operaciones financieras, cuanto de darle apariencia de obtención lícita, Y, en consecuencia, someterse a las mismas cargas impositivas que el dinero o bienes obtenidos a través de actividades lícitas; circunstancia que no se da en el caso del dinero negro en el que parece que no existe intención alguna por parte de las obligaciones fiscales, y que ni siquiera puede ser controlado, como dice BAJO FERNÁNDEZ, ya que siempre deberá invertirse en operaciones anónimas, no identificables para el fisco, y, consecuentemente por las partes. En consecuencia, el Estado no puede permanecer impasible ante comportamientos de este tipo ni mantener una postura pasiva en cuanto a la determinación de la procedencia del dinero; ya que, si ésto fuera así, estaríamos creando una economía ficticia, sometida a fuertes especulaciones, controlada por grupos criminales que si sirven, como decíamos anteriormente, de la neutralidad moral de las normas disciplinadoras del mercado”. GÓMEZ INIESTA, Diego J. *Op. cit.* p. 40-41. No mesmo sentido: PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 92-93.

que “*entra no custo da atividade criminosa da ocultação*”, a qual tem lesividade própria contra a ordem econômica.

Por fim, PITOMBO anota que

“a lesividade do crime não desaparece, em razão do acatamento às normas tributárias. Aquele que emite duplicata sem lastro e obtém vantagem ilícita em face de terceiro de boa-fé (art. 171 do CP) até pode pagar os impostos inerentes ao negócio jurídico simulado, entretanto, ninguém vai dizer que a ofensa ao bem jurídico, ‘patrimônio’, desapareceu com o adimplemento da obrigação com o Fisco”³²³.

A partir do próximo tópico serão expostas as linhas doutrinárias que enxergam legitimidade na incriminação da lavagem de capitais.

3.2.2. Lavagem de dinheiro como “participação” pós-delitiva: bem jurídico da lavagem de capitais como o mesmo bem jurídico tutelado pelo tipo do crime antecedente

No início da criminalização mundial da lavagem de capitais – principalmente enquanto esse delito ainda estava conectado somente ao tráfico ilícito de entorpecentes³²⁴ –, muitos autores enxergavam na ocultação do produto do tráfico nada mais do que uma fase de execução do delito antecedente, inevitável e indispensável para o seu cometimento.

Javier-Alberto ZARAGOZA AGUADO, na Espanha, chegou a defender esse ponto de vista. Para ele, a lavagem, por ser uma última fase do ciclo que envolve as atividades de tráfico ilícito de entorpecentes (antecedida pelo cultivo, distribuição e venda destas substâncias), teria como bem jurídico a própria saúde pública – ou seja, o mesmo bem jurídico defendido pela incriminação do tráfico de drogas³²⁵.

Tal posicionamento não encontrou apoio acadêmico considerável, mas ainda hoje existem respeitáveis construções doutrinárias que asseveram que a ocultação punível agride o mesmo bem jurídico dos delitos antecessores.

De maneira diametralmente oposta à doutrina de BAJO FERNÁNDEZ – que, como visto no tópico anterior, prega não se proteger nenhum bem jurídico

³²³ PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 92.

³²⁴ Ou seja, ainda no tempo das primeiras legislações, influenciadas somente pela Convenção de Viena de 1988.

³²⁵ ZARAGOZA AGUADO, Javier-Alberto. *El blanqueo de dinero*. p. 113.

relevante com a incriminação do branqueamento –, o também professor espanhol Fernando MOLINA FERNÁNDEZ³²⁶ assevera que a reciclagem configura uma forma de “*participação alçada à categoria de delito independente*”. E, com isso, consegue vislumbrar legitimidade na incriminação desta conduta.

O autor procura solucionar a questão examinando, inicialmente, dois pontos principais e indispensáveis para a formulação de suas conclusões: o autor (1) analisa a relação entre lesão típica e consumação do delito, especialmente atendendo às peculiaridades da consumação em atos lesivos que têm permanência no tempo e (2) examina o tema à luz da “participação em sentido amplo” (atos de intervenção de várias pessoas em um crime, para além das estritas margens da participação em sentido estrito – cumplicidade e instigação).

Nos próximos tópicos será sintetizado o que de mais importante existe em cada um destes tópicos, segundo este ponto de vista.

3.2.2.1. Lesão do bem jurídico e consumação do delito em atos lesivos com permanência no tempo

MOLINA FERNÁNDEZ, em um primeiro momento, diferencia *lesões inacabadas de bens jurídicos e atos pós-delitivos de ajuda ao delinquente de um delito prévio*. Essa questão é que vai levar à distinção entre (1) a *lesão do bem jurídico* e (2) a *consumação do delito*.

Segundo esse doutrinador, a lesão do bem jurídico e a consumação são parcialmente independentes. Parcialmente, porque a relação entre elas vai num só sentido: se há lesão do bem jurídico, há consumação; mas pode haver consumação sem lesão concreta a bem jurídico algum – como ocorre nos delitos de perigo.

Como se pode facilmente notar, a questão aqui em debate ganha especial relevo para efeitos de qualificação e tratamento de condutas que têm lugar *depois* que o delito esteja consumado, e em particular para efeito de distinguir *participação e condutas pós-delitivas*.

O professor espanhol reconhece que a maior parte da doutrina já destacou a aparente contradição lógica que configura admitir a participação em um

³²⁶ Para analisar o pensamento deste autor, partiremos, aqui, do artigo ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales?, publicado na obra Política Criminal y blanqueo de capitales. p. 91-123.

crime já consumado³²⁷. Foi por isso, aliás, que se deixou de considerar o encobrimento como um ato de participação³²⁸.

Para esse autor, entretanto, apesar da contundência do argumento doutrinário, as coisas não são tão simples. Afinal, se é aparentemente lógico que não se pode participar em algo que já está terminado, é também lógico que não é singela a tarefa de determinar quando um delito está efetivamente terminado. Não fosse assim, o próprio encobrimento – hoje majoritariamente considerado um delito independente contra a administração da justiça – não teria sido visto, por tanto tempo, como um ato de participação no delito encoberto.

As dificuldades para distinguir atos de participação em um fato não terminado e atos pós-delitivos de encobrimento surgem em duas situações, que têm um denominador comum: o fator cronológico.

O *primeiro tipo de situações* é aquele que concerne à participação em ações que configuram uma antecipação da proteção penal a momentos anteriores à lesão concreta do bem jurídico. Aqui se está a falar do problema da distinção entre consumação formal e material. O *segundo grupo de situações* é o da participação em delitos permanentes, em ações que provocam uma lesão material do bem jurídico que se prolonga no tempo.

Tentaremos sintetizar essas ideias.

Em relação ao primeiro grupo, MOLINA FERNÁNDEZ aduz que a consumação é o momento que sedimenta a terminação de um delito. A partir dela, portanto, não é mais possível falar em participação, mas só em atos pós-delitivos.

O problema, segundo o autor, é o caráter ambíguo do termo “consumação”, o que leva à necessidade de distinção entre consumação *material* (a lesão concreta do bem jurídico protegido) e consumação *formal* (o momento em que se completam todos os elementos do tipo penal, ainda que sem lesão concreta ao bem jurídico, como acontece nos delitos de perigo)³²⁹.

³²⁷ De qualquer forma, neste ponto não é demais lembrar que BAJO FERNÁNDEZ, ao criticar a tipificação da lavagem de capitais – conforme demonstrado em tópico acima – também fez uso destes tipos de expressão, dizendo inclusive que a ocultação de bens deveria se enquadrar como “participação pós-delitiva”. Cf. nota 320, *supra*.

³²⁸ Ainda que em sua opinião este delito seja, de forma *sui generis*, uma participação no delito encoberto, e não, um delito contra a administração da justiça, como agora se costuma dizer.

³²⁹ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 100. Diante destes conceitos, é fácil notar que nos delitos de lesão a consumação formal coincide com a consumação material, pois a completude de todos os elementos do tipo penal, nestes casos, coincide com a lesão ao bem jurídico respectivo. Mas, como dito, tal não se dá com os delitos de perigo.

Uma vez verificada a consumação material – com a consequente agressão completa e irreversível ao bem jurídico –, já não se pode participar no delito. A partir deste momento só serão possíveis atos pós-delitivos: o encobrimento de um fato já realizado, com um desvalor próprio distinto do delito prévio.

É de se ressaltar que nada impede que se *participe em* (ou se *desista de*) um delito em execução que não esteja materialmente consumado, ainda que esteja formalmente consumada uma fase prévia. Nestes casos não se participa nem se desiste da fase prévia, que já está terminada, senão do delito básico do qual o outro não é mais do que uma antecipação, cujo desvalor resta consumido no desvalor do delito mais amplo³³⁰.

Em relação ao segundo grupo de casos, o autor começa com uma indagação: é possível participar num fato já materialmente consumado? Aparentemente, não, pois uma vez gerada a lesão ao bem jurídico, podem-se gerar danos adicionais, mas não intervir *a posteriori* no que já está perfeito³³¹.

Todavia, quando se trata de fatos delitivos que geram efeitos permanentes no tempo – delitos permanentes – a solução não é tão simples. Nesses casos, a consumação não é instantânea, dura no tempo e paulatinamente vai agravando a agressão ao bem jurídico. Em tais hipóteses, nada impede a intervenção de um terceiro em momento posterior ao início da consumação material. Aqui não se teria só um comportamento pós-delitivo, mas genuína participação. É o que ocorre no exemplo clássico de intervenção de um terceiro que adere ao plano de um grupo que está a cometer um crime de sequestro.

Segundo MOLINA FERNÁNDEZ, o que interessa para este estudo é que isso se dá na maioria dos delitos patrimoniais e socioeconômicos. No furto e na sonegação de impostos a agressão ao bem jurídico é inversamente proporcional à duração do período em que o legítimo titular da coisa (a *res furtivae* no furto; o imposto no caso da sonegação) fica impossibilitado de possuí-la. Se (1) a devolução da coisa furtada ao dono ou (2) o pagamento do imposto não recolhido à fazenda

³³⁰ E continua o mesmo autor: “Al igual que el autor puede desistir de continuar con el hecho lesivo, pese a que la fase previa está formalmente consumada, um tercero puede sumarse a un *iter criminis* iniciado por outro, con lo que se convierte en coautor, cooperador o cómplice del delito correspondiente al siguiente estadio. Esto no es, como es lógico, uma participación en el delito ya formalmente consumado, pero si una participación en el hecho delictivo principal, aunque, claro está, antes de su consumación. Como lo que finalmente importa es la lesión o indemnidad del bien jurídico, cualquier acto de contribución causal a dicha lesión es participación y no meramente un acto postdelictivo”. Idem. p. 101.

³³¹ Idem. Ibidem.

pública ocorre logo depois do início da consumação material, então o dano ao bem jurídico será menor. Ainda que não seja normal enxergar estes crimes sob esta perspectiva, o seu tempo de execução coincide com o tempo total em que a vítima se viu privada de seu bem³³².

Se um terceiro intervém depois da consumação de um roubo, mantendo a situação antijurídica criada pelo crime original, está participando num crime material e formalmente consumado, mas em relação a um bem jurídico de lesividade gradual. É por isso que a receptação e o encobrimento poderiam, sim, ser considerados como formas de participação nos crimes patrimoniais que geram a riqueza irregular, ainda que sua tipificação esteja à margem das figuras clássicas de participação (instigação ou cumplicidade). Para MOLINA FERNÁNDEZ, ao contrário do que afirma a doutrina atual dominante, os tipos penais que incriminam essas condutas não visam a proteger a administração da justiça, mas voltam-se à proteção dos mesmos bens jurídicos já agredidos pelos crimes antecedentes³³³.

É como se, nos crimes patrimoniais, a consumação formal (momento em que se completam todos os elementos do tipo) fosse um começo da consumação material (agressão ao bem jurídico) em progressão³³⁴, com o que certos atos

³³² Segundo o autor, a própria Lei reconhece que a consumação se dá enquanto o dono está privado da coisa que lhe foi subtraída. Nos delitos fiscais isso se verifica por meio do instituto da “regularização” – pagamento extemporâneo que, no Direito espanhol, retira a punibilidade. Para MOLINA FERNÁNDEZ, no delito de furto isso só não se verifica porque existe maior benevolência no trato dos delitos fiscais. *Op. cit.* p. 103.

³³³ Para este autor, a receptação perpetua uma situação antijurídica criada pelo delito de furto ou roubo, sendo este o núcleo do desvalor da ação deste delito, motivo pelo qual é classificado, também, como um delito patrimonial. Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 104. Este posicionamento coincide com as doutrinas da manutenção (ou permanência) e com a teoria do aproveitamento, amplamente aplicáveis ao crime de receptação. Neste sentido, vide: VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y de legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. p. 34 e seguintes. Acerca da receptação, na doutrina brasileira também se verifica importante posicionamento neste sentido: “[...] a doutrina costuma elencar algumas teorias que fundamentam a punição da receptação, como por exemplo, a *teoria da manutenção ou permanência*, segundo a qual a receptação vem a consolidar a situação antijurídica criada pela prática do delito anterior, acarretando, por conseguinte, nova lesão patrimonial ao obstar ou dificultar a recuperação da coisa subtraída; e a *teoria do aproveitamento*, pela qual o delito de receptação deve ser punido em razão de que a partir de um comportamento delitivo anterior pode derivar um aproveitamento ilícito e, consequentemente, uma conduta receptadora. (...) Protege-se, no caso em exame, a inviolabilidade patrimonial. Não se pode olvidar que a *receptação atinge novamente o Direito de propriedade já anteriormente violado, permanecendo a situação antijurídica criada*, e obstaculizando, ainda, a recuperação dos produtos obtidos pelo crime anterior”. PRADO, Luiz Regis. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2. p. 480.

³³⁴ Isso explica o fato de a receptação e o encobrimento poderem ser considerados como formas de participação nos delitos patrimoniais. Afinal, o desvalor do fato na receptação é a manutenção da situação antijurídica criada pelo delito base. Além disso, esta explicação evidencia (1) a assessoriedade da participação – entre o novo fato e o delito base – e a (2) a *identidade do bem jurídico protegido em ambos*. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 105.

considerados como pós-delitivos podem ser enquadrados como formas de participação em um crime de lesividade permanente.

Mas há outras formas de intervenção em um fato lesivo que devem ser examinadas. Embora não se encaixem nas modalidades clássicas de participação, elas contribuem materialmente para a agressão ao bem jurídico protegido no delito principal, que passa a ser também o seu próprio bem jurídico. Essas modalidades de “participação” (em sentido amplo) serão analisadas no tópico seguinte.

3.2.2.2. As distintas modalidades de intervenção de vários sujeitos em um fato lesivo: participação em sentido estrito e em sentido amplo

A intervenção de mais de uma pessoa no ato lesivo pode se dar nas formas clássicas de coautoria, autoria mediata e participação (instigação ou cumplicidade), ou em outras formas de intervenção. Dentre estas últimas, interessa para o estudo aquelas que MOLINA FERNÁNDEZ denomina como *intervenções coordenadas*, nas quais há conexão entre os acontecimentos e os intervenientes, de modo que a ação de um agente está, de alguma maneira, causalmente condicionada pela ação do outro.

A intervenção coordenada se subdivide em específica (quando existe um plano dentro do qual se dá a conexão entre os atos dos intervenientes³³⁵) ou genérica (quando este plano não existe). A intervenção genérica – ou simplesmente “participação” (em sentido amplo) – é a que interessa ao estudo da lavagem de capitais.

Essa forma de “participação”, segundo o autor, tem como elemento característico a criação de cenários férteis que favorecem o cometimento de delitos. Aqui não têm aplicação as regras que disciplinam classicamente a autoria e a participação, pois não existe conexão direta entre os fatos dos intervenientes, nem um plano comum que ligue um interveniente ao outro.

É por isso que neste âmbito da “participação” em sentido amplo não cabe a imputação pelo concreto fato alheio – ao contrário do que ocorre com a

³³⁵ A coordenada específica se divide em *interveniência em duas direções* (quando todos os intervenientes aderem ao plano coletivo – ex. os clássicos casos de coautoria e participação por cumplicidade) ou *em uma direção* (quando apenas um dos intervenientes conhece o plano, mas se aproveita das ações dos demais – ex. autoria mediata). De qualquer forma, um traço comum entre as espécies de cooperação específica é que *o fato alheio é conhecido e forma uma parte do plano próprio, o que permite a sua imputação*.

participação específica (instigação ou cumplicidade) –, pois a concreta conduta do outro interveniente não é conhecida e não faz parte do plano de ação próprio do autor. Trata-se de uma imputação genérica de *contribuição a ações alheias indeterminadas*, por meio da criação dos ambientes propícios ao cometimento de crimes, e não da imputação singular própria da participação em sentido estrito.

Nas palavras do próprio autor,

“o fato concreto alheio não pode ser imputado ao dolo do sujeito porque não tem consciencia dele, porém conhece que sua ação contribuirá para facilitar fatos delitivos alheios que não é preciso singularizar. O sujeito conta com o fato de sua ação, de forma genérica, vai favorecer a comissão de delitos por outros, e estes, por sua vez, também de forma genérica, podem razoavelmente contar com que alguém vá colaborar no fato. Não há um plano conjunto, mas uma sinergia que guarda certo paralelismo com certos procesos biológicos de cooperação. Assim como na natureza, em que onde há recursos aproveitáveis surge um organismo vivo que os aproveita e, de maneira espontânea geram-se alianças simbióticas nas quais uns seres se apoiam em outros e cada um obtém através do outro o seu próprio proveito, na atividade delitiva surgem também de maneira espontânea atividades coordenadas cuja sinergia provoca uma lesão que de outro modo não se daria, ou não na mesma medida, na qual os diversos intervenientes obtêm seu proveito”³³⁶.

MOLINA FERNÁNDEZ conclui que, como a cooperação genérica não tem amparo nas regras positivadas que disciplinam a autoria e a participação, esta modalidade de intervenção coletiva é sancionada³³⁷ pela criação de um tipo independente (na parte especial), que, à margem de sua concreta configuração, será um tipo *de participação e de perigo*. Este tipo, não raro, terá um desvalor material caracterizado pela criação de contextos de risco de ações lesivas de terceiros, com o que seu bem jurídico será o mesmo que se protege nos tipos penais que a conduta perigosa favorece³³⁸.

É certo que este autor, embora reconheça que a lavagem de capitais ostenta uma natureza pluriofensiva, afetando também a administração da justiça – pois gera o efeito de encobrir o delito que gerou o lucro ocultado –, conclui que a reciclagem de dinheiro afeta, primordialmente, os mesmos bens jurídicos dos delitos precedentes.

³³⁶ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 108.

³³⁷ Quando tem suficiente relevância para converter-se em delito.

³³⁸ Este perfil está presente na receptação e na lavagem de capitais, mas também permite explicar o desvalor de fatos como as associações ilícitas, o pertencer a grupos terroristas, a provocação do ódio ou violência contra determinados grupos por motivos racistas ou similares, ou figuras de risco como as várias referentes ao tráfico de drogas, a posse de substâncias ou aparatos perigosos que podem ser usados por outros para o cometimento de delitos.

Diante de toda essa fundamentação, resta decidir em que sentido se dá a agressão aos bens jurídicos dos crimes prévios: pode-se pensar que a lavagem os afeta em *um primeiro plano* (uma lesão direta em situações de consumação permanente no tempo, nos moldes do que se demonstrou no tópico anterior) ou em *um segundo plano* (criando este aludido contexto favorável à comissão de delitos similares ao delito base – conforme se demonstrou no presente tópico).

Segundo o autor, o favorecimento real (encobrimento) e a receptação cumprem com o primeiro papel. A lavagem de capitais afeta os bens jurídicos de referência desde um segundo plano: a conduta não prolonga a lesão do bem jurídico (algo que a receptação e o encobrimento, de fato, fazem), mas acarreta a criação de um contexto que favorece o cometimento de novos delitos da mesma natureza que os crimes que geram o lucro ocultado.

Nesse sentido, a lavagem cria um mercado público que favorece a comissão dos delitos dos quais procede o dinheiro lavado, ao oferecer aos seus autores uma expectativa mais do que razoável de que poderão lucrar com seu ato³³⁹.

A peculiaridade deste específico crime residiria num caráter complexo. A lavagem não só encobre delitos, assim como o encobrimento (favorecimento real), mas também os proporciona de maneira genérica, numa dupla modalidade: criando um mercado que garante as ganâncias que provêm de crimes e financiando outros novos delitos. Por esta razão, sua localização no Código penal espanhol – entre os crimes contra a ordem socioeconômica – está incorreta, e merece ser revista.

Ao partir dessas premissas – em alguns pontos diametralmente opostas àquelas expendidas por BAJO FERNÁNDEZ –, o professor MOLINA FERNÁNDEZ chega a três conclusões finais, curiosamente muito parecidas com aquelas defendidas pela corrente anteriormente estudada, que rechaça a própria tipificação da ocultação de bens. São elas: (1) atos pequenos de lavagem de dinheiro,

³³⁹ “(...) el blanqueo es una actividad compleja, multiofensiva, que provoca dos tipos de efectos disvaliosos: por un lado, es *encubrimiento*, similar al art. 451, 2º, y afecta a la administración de justicia en su vertiente vinculada a los fines de la pena, que son la satisfacción de los sentimientos de justicia y la prevención de futuros delitos; por otro lado, es participación en sentido amplio, es decir *participación sólo genéricamente coordinada* en (1) los delitos de los que procede el dinero blanqueado y (2) los delitos que se puedan cometer haciendo uso del dinero blanqueado y que no hubieran podido cometerse sin el blanqueo. Crea un contexto fértil para la proliferación de delitos de tráfico de drogas, trata de personas, terrorismo, etc. Y con ello sirve a la protección de los bienes jurídicos básicos que se encuentran detrás de estos delitos”. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 120.

praticados de forma não profissional, escassa e isolada (incapazes de criar este “ambiente propício para o cometimento de novos crimes” e de financiar outros atos delitivos) configuram meros atos de encobrimento; (2) quando as duas figuras delitivas – lavagem de dinheiro e encobrimento – tiverem aplicação num mesmo caso, dá-se preferência à ocultação (crime complexo), que absorve o encobrimento; (3) assim como o autoencobrimento é impunível (artigo 451 do Código Penal Espanhol), a “autolavagem” também deveria ser, de modo que o autor do crime prévio não comete o delito consequente.

É interessante notar que, em verdade, a doutrina de MOLINA FERNÁNDEZ enxerga na reciclagem um crime *de perigo*, e não de lesão. Com a sua tipificação, quer-se evitar o *risco* de as grandes organizações criminosas financiarem novos delitos idênticos ou similares aos crimes que geraram o lucro ilícito, objeto material da ocultação.

Expusemos aqui toda a longa construção de MOLINA FERNÁNDEZ porque indispensável para as conclusões que serão expostas ao final deste capítulo.

Mas não é apenas este autor que acredita que a lavagem de capitais protege o mesmo bem jurídico do delito prévio.

Ramon RAGUÉS I VALLÉS diz que a lavagem de dinheiro não protege um bem jurídico autônomo. Pelo contrário, limita-se a oferecer uma complementação à repressão do crime antecedente, como que protegendo a *administração da justiça em sua “vertente preventiva”*. Segundo o autor, essa forma de ver as coisas afastaria todas as dúvidas acerca da legitimidade da incriminação da conduta, e ainda traria a vantagem de possibilitar a restrição do âmbito de incidência do tipo, bem como evitar que a discussão sobre esse delito caia na armadilha dogmática dos crimes por acumulação³⁴⁰.

A tese ora exposta possui tamanha verossimilhança que o próprio Miguel BAJO FERNÁNDEZ, quando chamado a dizer qual poderia ser o bem jurídico protegido pelo tipo penal de lavagem de dinheiro, preferiu responder que seria o mesmo bem já lesionado pelo crime antecedente³⁴¹. Até porque, como explicitado a certa altura do tópico anterior, para esse último autor a lavagem deveria ser aplicada apenas como participação pós-delitiva no crime prévio.

A favor dessa doutrina está, é claro, o fato de a coibição dos delitos

³⁴⁰ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Lavado de activos y negocios standard*. p. 320 e seguintes.

³⁴¹ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. 2001. p. 678 e ss.

antecedentes ter sido expressamente prevista, desde a origem deste delito, como um dos fins da criminalização da lavagem de ativos. Neste sentido, a própria Convenção de Viena, de 1998, especifica que vários dos motivos para a criminalização da lavagem de dinheiro estão ligados à necessidade de se evitar o cometimento dos mesmos delitos que geram o lucro ocultado³⁴².

Além disso, no Brasil a exposição de motivos da Lei n. 9.613/98 deixa claro que o novo tipo penal, que a partir dali passaria a integrar o sistema jurídico brasileiro, tinha como principal objetivo reforçar a repressão e prevenção dos crimes previstos como antecedentes, inclusive no que tange ao seu financiamento. Com isso, a lavagem funcionaria como um reforço à repressão dos delitos dos quais provém o lucro a ser integrado à economia.

Alguns parágrafos da exposição de motivos demonstram isso:

21. Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, Direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinquência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao Direito penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes.

22. Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, Direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais.

³⁴² Veja-se, neste sentido, trecho da “exposição de motivos” da Convenção de Viena, de 1988: “As Partes na presente Convenção: Profundamente preocupadas com a amplitude e crescente tendência da produção, da procura e do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, que representam uma grave ameaça para a saúde e bem-estar dos indivíduos e provocam efeitos nocivos nas bases econômicas, culturais e políticas da sociedade; (...) *Reconhecendo a relação existente entre o tráfico ilícito e outras atividades criminosas organizadas com ele conexas que minam as bases de uma economia legítima e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados; Reconhecendo igualmente que o tráfico ilícito é uma atividade criminosa internacional cuja eliminação exige uma atenção urgente e a maior prioridade; Conscientes de que o tráfico ilícito é fonte de rendimentos e fortunas consideráveis que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas do Estado, as atividades comerciais e financeiras legítimas e a sociedade a todos os seus níveis; Decididas a privar as pessoas que se dedicam ao tráfico ilícito dos produtos das suas atividades criminosas e a eliminar assim o seu principal incentivo para tal atividade; Desejando eliminar as causas profundas do problema do abuso de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, nomeadamente a procura ilícita dessas drogas e substâncias e os enormes lucros resultantes do tráfico ilícito; (...) acordaram no seguinte: (...)”.*

23. O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de *"coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte"*. Fica, portanto, sob o comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio.

(...)

30. Quanto ao rol de crimes antecedentes, o narcotráfico (Lei nº 6.368, de 21 de outubro de 1976), os crimes praticados por organização criminosa, independentemente do bem jurídico ofendido (Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995), o terrorismo (art. 20 da Lei nº 7.170, de 14 de dezembro de 1983) e o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção (art. 334 do Código Penal e art. 12 da Lei nº 7.170, de 1983), compõem as categorias de infrações perseguidas pelos mais diversos países. Trata-se de implementar o clássico princípio da justiça penal universal, mediante tratados e convenções, como estratégia de uma Política Criminal transnacional.

31. Também a defesa do Estado, sob a perspectiva interna, justifica a criminalização da lavagem de dinheiro como entidade típica autônoma.

32. Realmente, além da improbidade administrativa, como gênero de uma vasta gama de ilicitudes praticadas pelo servidor, a ocultação ou a dissimulação do proveito auferido com o delito contra a Administração Pública (Cód. Penal, arts. 312 e segs.; Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993) devem ser reprovadas como espécie de uma delinquência astuciosa, ainda que o infrator seja estranho aos quadros administrativos. Assim, o tráfico de influência, a corrupção ativa, o contrabando e o descaminho, por exemplo, podem e devem ser reconhecidos como crimes antecedentes, para a caracterização do money laundering.

33. Inclui-se nessas considerações a defesa de uma economia saudável, pelo que os referidos delitos integram, como antecedentes do novo tipo penal, os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986).

Os trechos acima transcritos permitiriam algumas conclusões parciais.

Em primeiro lugar, à luz dos parágrafos 21 a 23 da exposição de motivos parece inegável que a lavagem tenha sido prevista no Brasil como uma “modalidade qualificada de receptação”³⁴³, a qual teria incidência quando a magnitude dos valores envolvidos e a transnacionalidade do delito justificassem uma reprimenda exasperada. Afinal, segundo a própria exposição de motivos, pequenos atos de receptação fariam incidir o *caput* do artigo 180 do Código Penal, com reclusão de 1 a 4 anos; grandes condutas desta mesma natureza dariam ensejo à aplicação da Lei n. 9.613/98, com reclusão de 3 a 10 anos.

Essa parece ser a única interpretação literal possível dos parágrafos 21 a 23 em conjunto, o que de pronto obrigaria o intérprete da Lei brasileira a uma

³⁴³ Para além daquela já prevista no artigo 180, parágrafo 1º, do Código Penal.

aproximação entre os crimes de lavagem de dinheiro e de receptação. Tal raciocínio faria concluir que o bem jurídico do crime aqui em estudo deveria ser entendido como o mesmo dos crimes anteriores, dadas as teorias da manutenção (ou permanência) e do aproveitamento³⁴⁴.

Em um segundo momento, os parágrafos 30 a 33 revelariam que o tipo de ocultação de ativos tende a servir de reforço para coibir a prática dos delitos prévios. Isso porque (1) o parágrafo 30 enaltece o rol de crimes antecedentes, dizendo que este atende a uma lista das “*categorias de infrações perseguidas pelos mais diversos países*”; (2) os parágrafos 31 e 32 clarificam que a defesa do Estado justifica a criminalização autônoma da lavagem de dinheiro, mas isso se daria diante do caráter danoso dos *crimes contra a Administração Pública* (previstos dentre os antecedentes), e não diante do caráter maléfico da ocultação em si; (3) por fim, o parágrafo 33 defende ser necessária e recomendável a punição pela lavagem de dinheiro para defender uma “*economia saudável*”, mas o faz não pelos riscos que a própria lavagem possa trazer à economia, e sim pelo fato de os delitos contra o Sistema Financeiro Nacional (atentatórios à ordem econômica, mediata ou imediatamente) integrarem o grupo dos crimes prévios cujo lucro possa configurar objeto material da lavagem de ativos.

Diante desses elementos, que ao menos indicam o espírito que guiou a formulação da Lei n. 9.613, seria de se concluir que a lavagem de capitais não possuiria um bem jurídico fixo em todas as situações, ou, melhor dizendo, um bem jurídico que lhe fosse inerente ou peculiar. O caráter danoso desta conduta residiria exatamente na sua capacidade de manter a situação antijurídica criada pelo crime prévio (tal como a receptação), ou de fomentar o cometimento de crimes similares àqueles que geraram o lucro que representa seu objeto material.

A ocultação de bens, segundo o raciocínio retirado da exposição de motivos, se encaixaria como um instrumento de reforço no combate dos crimes antecedentes que, cometidos de forma transnacional, gerassem grandes quantidades de dinheiro. O crime em exame assumiria como bem jurídico seu o mesmo bem que foi anteriormente agredido pela conduta prévia, vindo, portanto, a ser variável.

Porém, apesar de todos estes argumentos, existem críticas que podem

³⁴⁴ Neste sentido, vide: VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 34 e seguintes.

ser levantadas contra esta forma de pensar.

3.2.2.3. Críticas

As críticas a essa corrente de pensamento partem principalmente daqueles autores que defendem ser a ordem econômica o bem jurídico protegido pela incriminação da lavagem de dinheiro.

Para esses autores, o crime em questão necessariamente deve proteger um bem jurídico alheio àqueles já tutelados pelos delitos antecedentes. Caso contrário, a ocultação de bens perderia toda a sua razão de ser, pois não faria sentido criar um tipo penal apenas para reforçar a proteção que se busca obter com a incriminação dos delitos prévios. Nesse caso a lavagem, inclusive, poderia se confundir com o próprio crime precedente, o que por certo desvirtuaria sua interpretação.

É o que afirma PITOMBO:

“Referido entendimento [segundo o qual a lavagem de dinheiro agride o mesmo bem jurídico do crime precedente] não parece ser o correto, porque almeja criar um *supertipo*, cuja função seria atuar nas hipóteses de ineficácia de outro tipo penal, o que implicaria a própria negação da ideia de tipo. Cada situação, socialmente valiosa, merece a respectiva tutela do respectivo tipo individualizador da conduta proibida.

Não fosse isso, ainda, se estaria pretensamente prevenindo o cometimento de um crime, impondo-se ‘pena a sujeito diverso daquele cujo comportamento se quer evitar’, como ressalta José Laurindo de Souza Netto.

Não se mostram idênticos os bens jurídicos, porque o agente, na lavagem de dinheiro não contribui com a manutenção do ataque ao bem jurídico já lesionado ou posto em perigo pelo autor do crime antecedente.

Por fim, alerta-se que tal corrente choca-se com o princípio lógico da identidade, e, pior, poderia implicar falso dilema: a lavagem de dinheiro deve ser punida para evitar a prática dos crimes antecedentes ou, vice-versa, os delitos prévios devem ser punidos para frustrar-se a conduta de branquear capitais”³⁴⁵.

GÓMEZ INIESTA afirma que a lavagem não contribui para manter a agressão ao bem jurídico já lesionado pelo crime prévio, diferentemente do que ocorre com a receptação. O desiderato da ocultação de bens, em seu sentir, seria outro: inserir o lucro sujo na economia oficial, o que não se confunde com o ato de

³⁴⁵ PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moares. *Op. cit.* p. 74.

apenas se aproveitar dos benefícios gerados ilicitamente³⁴⁶. Daí sua conclusão no sentido de ser a ordem econômica o bem jurídico tutelado pela ocultação de ativos.

Por fim, Vitalino CANAS assevera que a proteção que a Lei penal fornece aos bens jurídicos tutelados pelos delitos antecedentes esgota-se na sua tipificação e punição quando cometidos. Assim, haja ou não branqueamento depois do crime prévio, o bem jurídico deste já terá sido lesado. Para esse autor português, mesmo que a lavagem de dinheiro se integre numa lógica de financiamento da criminalidade que lhe é subjacente, isso não significa que os bens jurídicos da ocultação e do crime precedente sejam idênticos. Afinal, o financiamento de novos delitos configuraria, para CANAS, uma simples consequência natural da própria dissimulação punível³⁴⁷.

3.2.3. Administração da justiça

É absolutamente inegável que a lavagem de capitais tem como um de seus efeitos imediatos a ocultação do crime antecedente. É também incontestável que este seja um dos principais fins desejados pelos autores desta modalidade delitiva. Além disso, é inquestionável a proximidade das normas que se retiram da leitura do tipo básico da lavagem de capitais e do tipo penal de favorecimento real³⁴⁸.

É por esta razão que a quase totalidade da doutrina afirma que a lavagem

³⁴⁶ Este autor se utiliza da seguinte argumentação para rechaçar a ideia inicialmente defendida por ZARAGOZA AGUADO, para quem a lavagem de dinheiro teria como bem jurídico a saúde pública, mesmo bem jurídico do tráfico ilícito de entorpecentes: “Con relación al blanqueo, la conducta del que obtiene un beneficio económico de los bienes procedentes de um delito grave no prolonga la previa situación antijurídica; la obtención de ese beneficio por otros sujetos o por el propio sujeto activo en nada puede aumentar o mantener la lesión, puesto que para lesionarlo es indiferente el móvil lucrativo; y, además, la aminoración o reducción de las condiciones sanitarias no se ven afectadas porque medie dicha finalidad. En consecuencia, no puede hablarse de receptación propia porque no mantiene un ataque patrimonial antijurídico”. GÓMEZ INIESTA, Diego J. *Op. cit.* p. 32.

³⁴⁷ E continua o mesmo autor: “Um dos aspectos que se tornaram evidentes é que por vezes se consegue perseguir o branqueamento porque se investigou e desvendou o facto ilícito típico subjacente e não o inverso. A repressão do facto ilícito típico subjacente torna-se instrumental em relação à repressão do branqueamento. A desvinculação do branqueamento de capitais das suas origens justifica, aliás, que o sistema de prevenção e de repressão que vem sendo construído pelos países e organizações internacionais ultrapasse em dimensão e intensidade aquele que é normalmente dedicado à maior parte dos crimes subjacentes”. CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento*. p. 16-17.

³⁴⁸ O tipo penal de favorecimento real é previsto no Código Penal Brasileiro entre os crimes contra a Administração da Justiça, da seguinte forma: Art. 349 - Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime: Pena - detenção, de um a seis meses, e multa.

de capitais pode afetar a administração da justiça³⁴⁹, uma vez que impede o descobrimento e a punição do crime prévio – assim como ocorre com o falso testemunho, a fraude processual e os favorecimentos real e pessoal, por exemplo³⁵⁰. Os próprios autores citados nos tópicos anteriores, que defendem não ser a administração da justiça o principal – ou único – bem jurídico da lavagem de capitais, asseveram que pelo menos de maneira reflexa ou indireta a ocultação acaba afetando este bem jurídico. Aliás, basta lembrar que é com base na vedação à punição pelo autoencobrimento que BAJO FERNÁNDEZ³⁵¹ e MOLINA FERNÁNDEZ dizem não ser possível a punibilidade, pela ocultação, do autor do crime antecedente³⁵². Apesar de reconhecerem isso, ambos não são incluídos nesta terceira linha de pensamento pelas razões expostas anteriormente³⁵³.

Como se verá adiante, alguns dos autores que afirmam que a lavagem de capitais afeta primordialmente a ordem econômica também aceitam que, de certa forma, o crime em comento agride a administração da justiça, configurando-se em verdade como um delito pluriofensivo.

Defendendo ser a administração da justiça o principal bem jurídico tutelado pela Lei n. 9.613/98, Roberto PODVAL esclarece que o elemento essencial da lavagem de dinheiro reside precisamente na *ocultação* do delito antecessor e de seu produto. Assevera, então, que “*ao punir a lavagem de dinheiro, tenta-se impedir que o produto do ilícito possa ser transformado ou ‘dissolvido’ no meio social, evitando, assim, seu confisco, bem como a identificação e materialidade do crime anterior*”³⁵⁴. Segundo este autor, a ocultação de capitais configura verdadeira

³⁴⁹ Singelamente – mas corretamente – definida como “a correta solução de controvérsias jurídicas”. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 114. Já Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ a define com “função estatal de averiguação, persecução e castigo e castigo dos delitos em geral”. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. p. 497.

³⁵⁰ Crimes previstos nos artigos 342, 347, 348 e 349 do Código Penal Brasileiro.

³⁵¹ BAJO FERNÁNDEZ chega a afirmar que a única relevância que poderia ter a lavagem de capitais estriba no que representa como participação no delito base, é dizer, em sua significação como receptação ou **encobrimento**. Neste sentido, v. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *Op. cit.* p. 13.

³⁵² Vale lembrar (1) que o encobrimento, crime contra a Administração da Justiça, equivale, na Espanha, ao favorecimento real do Direito Brasileiro, e (2) que o Código Penal espanhol proíbe, em seu artigo 452, a punição pelo autoencobrimento.

³⁵³ Como visto, para BAJO FERNÁNDEZ, a lavagem de dinheiro é desnecessária, pois o delito de encobrimento dá conta dos casos de lavagem; já para MOLINA FERNÁNDEZ, os bens jurídicos do encobrimento e da lavagem não se confundem: para a defesa a administração da justiça haveria o encobrimento, e a lavagem configura-se como “participação” – em sentido amplo – no delito antecedente.

³⁵⁴ PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro*. p. 211. Posição muito parecida é adotada por outros autores: GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de ‘branqueamento’ de capitais*. p. 146-148. CHOCÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal*. p. 80-83.

modalidade de favorecimento real (artigo 349 do Código Penal brasileiro), que visa a proteger a administração da justiça na medida em que esta, quando o lucro sujo é dissimulado – por meio do auxílio prestado aos delinquentes –, resta incapaz de punir os responsáveis pelo crime prévio³⁵⁵.

No mesmo sentido, Rodolfo Tigre MAIA diz que a objetividade jurídica predominante na ocultação de bens é a administração da justiça, de modo que o objetivo principal da norma incriminadora é evitar que o autor do crime prévio tenha êxito em atrapalhar a atuação estatal na aplicação da pena e na recuperação do produto criminoso³⁵⁶.

Rodrigo de GRANDIS afirma que o fator que mais prevalece no delito em estudo é o encobrimento do crime prévio. Assim, a administração da justiça, que para este autor não deve ser reduzida apenas à atividade jurisdicional, mas sim abranger *“todos os comportamentos que tenham qualquer relação com o objetivo final da justiça”*, é que configuraria o objeto de proteção da criminalização da ocultação de bens. Nessa linha de pensamento, *“não seria demasiado ancorar na obrigação que todos têm de se abster da prática de qualquer ato que possa induzir em erro, desviar ou desencaminhar a atividade judiciária, o interesse jurídico-penal passível de tutela por intermédio do crime de ‘lavagem’ de capitais”*³⁵⁷.

Na Europa, autores como Pilar GOMEZ PAVON e Así ACKERMANN defendem teses similares. A primeira, ao levar em conta que o que se deseja com a lavagem de dinheiro é esconder o crime prévio (sendo este, essencialmente, o desvalor da conduta), e não necessariamente obter um proveito de natureza econômica³⁵⁸. O segundo, partindo de elementos voltados à política criminal, afirma que o Estado tem a incumbência de proteger a sociedade das atividades das organizações criminosas, algo que pressupõe o confisco de bens dessas grandes quadrilhas. A lavagem de dinheiro, que tende a impedir ou ao menos dificultar a

³⁵⁵ PODVAL, Roberto. *Op. cit.* p. 219.

³⁵⁶ MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro*. p. 54 e seguintes. Esta posição é muito parecida com aquela defendida por Isidoro BLANCO CORDERO, que considera que a lavagem de capitais agride primordialmente a Administração da Justiça – ao encobrir o delito antecedente –, e só pode afetar a ordem econômica de forma subsidiária ou mediata. Neste sentido: BLANCO CORDERO, Isidoro. *El tipo doloso del delito de blanqueo de capitales* (Tese de doutoramento). p. 220. Apud: DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El delito de blanqueo de bienes en el nuevo Código penal*. p. 59.

³⁵⁷ GRANDIS, Rodrigo de. *O exercício da advocacia e o crime de ‘lavagem’ de dinheiro*. p. 121.

³⁵⁸ É por isso que esta autora chega a considerar a ocultação de bens uma “modalidade *sui generis* de favorecimento real”. GOMEZ PAVON, Pilar. *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*. p. 481 e seguintes.

ação de confisco, agride instantaneamente a administração da justiça³⁵⁹.

A favor desta corrente de pensamento está a redação da Convenção de Estrasburgo, assinada em 1990 pelo Conselho da Europa. Aquele documento, ao contrário da Convenção de Viena – que silenciou sobre o tema –, deixou aberta às partes signatárias a possibilidade de escolher, de acordo com os princípios do Direito interno de cada nação, se será punido por lavagem de dinheiro o autor do crime prévio que, posteriormente, oculta os lucros auferidos ilicitamente³⁶⁰.

Segundo Miguel ABEL SOUTO, a Convenção de Estrasburgo foi redigida dessa forma exatamente pela similaridade entre os crimes de encobrimento (favorecimento real) e de reciclagem de bens³⁶¹, o que reafirma que a lavagem de dinheiro tem, inegavelmente, o poder de ocultar o crime anterior e, assim, frustrar as pretensões da justiça criminal.

É interessante notar, a título de conclusão parcial, que as três primeiras teorias acerca do bem jurídico tutelado pelo tipo penal da lavagem de dinheiro não são tão discrepantes quanto inicialmente se imaginava. Como se viu, todas elas – em maior ou menor grau – reconhecem o caráter “encobridor” da ocultação de bens e a consequente lesão que esta conduta gera à administração da justiça. O problema da definição do bem jurídico, portanto, não reside aqui, mas sim em assumir, ou não, que esta conduta possa – para além da tipificação do

³⁵⁹ ACKERMANN, Así. *Geldwäscherei-Money Laundering*. p. 203. Apud: DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 60.

³⁶⁰ “A título de novidade, [a Convenção de Estrasburgo] ampliou o catálogo de delitos prévios (chamados inadequadamente de “delito principal”) a outros crimes que geram proveito econômico, afastando a exclusividade do narcotráfico disposta na Convenção de Viena. Também, deixou a critério das partes a punição ou não do autor do crime de lavagem de dinheiro, que também praticou o crime antecedente, além do que apresentou medidas de incriminação facultativa, como a tipificação penal de condutas culposas e outros. BONFIM, Márcia Monassi M.; BONFIM, Edson M. *Lavagem de Dinheiro*. p.19.

³⁶¹ Sobre este ponto específico da Convenção de Estrasburgo, de 1990: “Igualmente sobresale que se concede a las Partes de no aplicar el delito de blanqueo a los que intervinieron en el hecho previo, plena libertad para decidir la punibilidad cumulativa del delito de reciclaje y el delito presupuesto que tiene en cuenta que em algunos estados la persona que cometió el delito previo no puede, según los principios básicos del Derecho penal interno, cometer un delito adicional cuando blanquea los productos. *Esta posibilidad es congruente con el carácter encubridor del blanqueo dada la impunidad del autoencubrimiento* pero a la vez también permite justamente lo contrario, es decir, que los autores y partícipes en el delito del cual los bienes proceden puedan ser castigados por el blanqueo de esos objetos, de modo que tan pronto como el autor previo lleve a término el delito antecedente y obtenga un producto le alcanzará el tipo penal de blanqueo. En todo caso, frente al silencio de la Convención de Viena sobre la ajenidad del hecho previo, ha de valorarse positivamente que el Convenio de Estrasburgo mencione esta problemática”. ABEL SOUTO, Miguel. *Op. cit.* p. 174-175.

favorecimento real, e coexistindo com ele³⁶² – ser destinada a proteger esse bem jurídico específico. É desse tipo de raciocínio que surgem as principais críticas a essa linha de pensamento.

3.2.3.1. Críticas

PITOMBO critica essa doutrina sob três aspectos. Em primeiro lugar, prega que a assunção da administração da justiça como bem jurídico da lavagem alargaria indevidamente o âmbito de incidência do tipo, fazendo com que qualquer ato de ocultação, por menores que fossem os valores envolvidos, tivesse de ser considerado típico. O bem jurídico “administração da justiça” tornaria letra morta o princípio da ofensividade, e em pouco auxiliaria na configuração do injusto³⁶³. Em um segundo momento, preconiza que, caso fosse este o bem jurídico da lavagem de dinheiro, o tipo não passaria de mera modalidade de favorecimento real, com o que o autor do crime antecedente não poderia ser punido pela ocultação³⁶⁴ – algo com o que este professor não concorda³⁶⁵. Essa conclusão traria graves problemas, ainda, no que tange à diferenciação entre lavagem de dinheiro, receptação e favorecimento³⁶⁶. Por fim, assevera, apoiado nos apontamentos de José de FARIA COSTA³⁶⁷, que a principal crítica que se pode fazer aos defensores dessa ideia

³⁶² MOLINA FERNÁNDEZ bem explica que a lavagem, em sua função de “esconder” o crime prévio não passa de uma modalidade de encobrimento (Leia-se: favorecimento real). Mas este não é o único aspecto danoso da lavagem de dinheiro – algo que se demonstrou no tópico anterior. Por esta razão, se a administração da justiça fosse o único bem jurídico protegido pelo tipo de ocultação, não haveria nenhuma legitimidade nesta incriminação. Este o motivo para que este autor acredite ser outro o bem jurídico deste específico crime. Cf. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 116-117.

³⁶³ PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 75.

³⁶⁴ “Outro ponto que merece reparo refere-se à afirmada similitude com o favorecimento real. Se verdadeira relação gênero-espécie entre ambas as infrações penais, dever-se-ia assentar que o crime de lavagem não seria típico se cometido pelo autor do crime antecedente, por não se punir o *auxilium post delictum* realizado por aquele que praticou o próprio delito anterior, seja como autor ou partícipe”. PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 75-76.

³⁶⁵ Posição esta que, como se pode facilmente notar, vai de encontro com as duas doutrinas anteriormente estudadas, cujos precursores são BAJO FERNÁNDES e MOLINA FERNÁNDEZ.

³⁶⁶ “A pretensa semelhança, entre os objetos jurídicos de ambas as infrações criminais, enfrentaria complexos problemas, no âmbito do tipo subjetivo. Basta pensar, por hipótese, na lavagem de dinheiro motivada por lucro (*lucri faciendi causa*), que se aproxima mais da receptação (art. 180 CP) do que do favorecimento real (art. 349 do CP)”. PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de Dinheiro*. p. 76. Em um sentido muito próximo: “[...] si se entiende que es La administración de justicia el bien jurídico protegido, al impedir la realización de la acción de la justicia y la restitución de al propietario de los objetos de los que fue privado mediante un previo hecho ilícito, entonces no tendría sentido distinguir esta figura de otros supuestos de favorecimiento, ni tampoco exigir la previa lesión y el mantenimiento de la misma en la receptación”. GÓMEZ INIESTA, Diego J. *Op. cit.* p. 35

³⁶⁷ Mais especificamente, neste trecho: “Defendemos que a incriminação das condutas penalmente relevantes se fundamenta em uma ordem de razões que se não deve confundir com as razões

baseia-se no “desaparecimento do fim limitador do *ius puniendi*, inerente ao conceito de bem jurídico”. Afinal, continua PITOMBO, “sob o fundamento ‘administração da justiça’ – ao qual pouco se menciona na CF – pode-se criar Direito Penal submisso a qualquer tendência ideológica”³⁶⁸.

Em tom bastante crítico a essa linha de pensamento, Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ acrescenta que existem vários motivos para acreditar que a administração da justiça não configura o *único* bem jurídico da lavagem de capitais³⁶⁹. Diz o professor espanhol:

“Neste sentido, são variados os argumentos que servem para demonstrar a insuficiência da perspectiva da tutela da Administração da justiça como único bem jurídico: a gravidade das penas cominadas ao branqueamento frente ao encobrimento e à receptação e o dado de que, de forma diferente do que ocorre nestes delitos, na lavagem não opera a limitação de pena assinalada para o fato prévio; a não aplicação da causa pessoal de exclusão de pena por razão de parentesco ao artigo 301, assim como a não aplicação do privilégio do autoencobrimento a aqueles que ocultem os productos de suas atividades delitivas”³⁷⁰.

Fausto Martin DE SANCTIS³⁷¹ assevera que a administração da justiça não pode ser considerada como único bem jurídico da lavagem de capitais, pois esse entendimento não possibilitaria a punição da lavagem de capitais provenientes de delitos praticados no exterior. Afinal, um Estado não poderia, por meio da incriminação de uma conduta, procurar proteger a administração da justiça de outro ente soberano. Este autor, por essa razão, considera que a administração da justiça é apenas um dos bens jurídicos tutelados pelo delito em estudo.

Ademais, Juana DEL CARPIO DELGADO formula uma importante

‘fracas’ que eventualmente advenham de motivos laterais de mera eficácia de um sistema. Criar-se um tipo legal para, desse jeito, melhor ou mais facilmente desenvolver, legalmente, uma qualquer actividade persecutória é atitude político-legislativa pouco clara que, para além disso, pode ter efeitos perversos. A posição jurídico-penal que se avançou tem a sustentá-la a idéia de que o Direito penal só deve intervir como *ultima ratio* e que, quando tal acontece, se não deve nunca esquecer o envolvimento de instrumentos jurídicos de outra natureza. Desta maneira, devem as autoridades, através de meios administrativos, controlar o mercado de capitais e mesmo os agentes que aí operam. O Direito penal é instrumento de controlo que não pode nem deve ser subestimado na luta contra o branqueamento, mas a sua eficácia tem sempre um carácter limitado que se tem que jogar, no sentido da sua optimização, através de um justo e adequado equilíbrio com todas as outras formas de intervenção estadual”. FARIA COSTA, José de. *O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do Direito penal e da política criminal*. p. 313-314.

³⁶⁸ PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 76-77.

³⁶⁹ Conforme se verá mais adiante, MARTÍNEZ BUJÁN PÉREZ considera que o principal bem jurídico agredido pela ocultação é a ordem econômica, mais precisamente a “licitude da circulação de bens”. Mas não descarta os efeitos maléficos que esta conduta gera sobre a administração da justiça.

³⁷⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. p. 498.

³⁷¹ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Op. cit.* p. 34.

objeção, de outra ordem, à doutrina que diz ser a administração da justiça o bem jurídico em questão. Segundo esta autora, o encobrimento do crime prévio é apenas um aspecto da lavagem de capitais, mas não o principal, pois a reciclagem não encontra aqui a sua razão de ser. Para que essa modalidade criminosa seja possível, é necessário que os bens estejam em constante mobilidade: a aquisição, conversão e a transmissão supõem parte do processo através do qual se pretende que os bens percam sua origem delitiva; se os bens permanecem ocultos ou encobertos (tal como ocorre no favorecimento real), estariam estáticos, imóveis, o que impossibilitaria a lavagem. Assim, colocar a administração da justiça como bem jurídico da ocultação de bens seria desviar a atenção logo daquele elemento que mais caracteriza esta espécie delitiva (o seu caráter socioeconômico), o que por certo geraria equívocos interpretativos em relação a outras espécies delitivas³⁷².

3.2.4. Ordem econômica como bem jurídico tutelado pela lavagem de capitais

A maioria dos doutrinadores, na Europa e no Brasil, defende ser a ordem econômica³⁷³ o bem jurídico tutelado pela incriminação da lavagem de dinheiro. Mesmo assim, há diferenças que merecem ser estudadas entre os autores que defendem essa tese, as quais ajudam a compreender o entendimento de cada grupo.

3.2.4.1. *Lavagem de dinheiro como tipo penal que protege a ordem econômica em sentido amplo*

Um primeiro grupo de autores assevera que a incriminação da lavagem de capitais visa a proteger a ordem econômica como um todo, em sentido global.

³⁷² DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 64-65. Além disso, esta autora afirma que “quando o sujeito realiza as condutas de lavagem, não persegue obter benefícios dos bens de procedência delitiva. A finalidade primordial é lograr o desfrute destes bens de forma legal para assim poder invertê-los posteriormente em negócios lícitos; só depois deste processo é que se pode afirmar que logra obter um benefício”. *Idem.* p. 75.

³⁷³ Corretamente definida, em toda a sua extensão, como “o interesse do Estado na conservação da ordem legal da economia, tanto em seu conjunto quanto em suas ordenações parciais, e entendido como o interesse do indivíduo em participar nos bens de consumo e no desenvolvimento de uma atividade adequada à sua vontade profissional de atuação e lucro”. BAJO FERNANDEZ, Miguel. *El derecho penal económico*. p. 96.

PITOMBO defende essa ideia, asseverando que basta a leitura da Convenção de Viena, principal documento internacional que inspirou as legislações que incriminam a lavagem de capitais, para concluir que o crime organizado e a ocultação de bens afetam a economia e colocam em risco a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados³⁷⁴.

Para ele, nas duas primeiras fases da lavagem de dinheiro (ocultação e dissimulação), a circulação de bens é imediatamente afetada³⁷⁵. Neste caso, a reciclagem, além de permitir ao crime organizado penetrar, contaminar e corromper as estruturas dos governos, afeta as atividades comerciais e financeiras, prejudica a legitimidade da circulação de bens e dinheiro, diminui a transparência e a confiança que se pode ter nos mercados e atinge a confiabilidade dos próprios negócios jurídicos e do sistema financeiro em geral. Tudo isso, se em grande escala, pode vir a abalar a economia, em sentido lato, de um determinado país.

Mas, segundo PITOMBO, é na terceira fase da lavagem (a integração) que se geram os principais danos à economia³⁷⁶. É nesse estágio que a conduta

³⁷⁴ PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 80.

³⁷⁵ “De qualquer maneira, tanto na *ocultação* como na *dissimulação* faz-se a circulação de bens de proveniência ilegal. Circulação que, ao lado da formação e da conservação, emerge como um dos três momentos essenciais da *tutela penale della ricchezza*, como denominou Francesco Carnelutti. Na visão carneluttiana, resguardam-se com o Direito penal da circulação da riqueza aqueles interesses privados que coincidem com interesses públicos, protegendo-se os contratos, o Direito de crédito, a moeda e os títulos de crédito. A circulação de bens deve ser compreendida, também, como elemento indispensável para o funcionamento do mercado e para economia. Neste sentido, Tullio Ascarelli ensina, ao examinar os títulos de crédito, que a circulação de crédito constitui fator de desenvolvimento da economia. Cuida-se, pois, de interesse público (art. 174 da CF). aquele que legitima os ganhos ilícitos por meio do uso de instrumentos jurídicos que garantam a circulação de bens atinge a confiabilidade nos negócios jurídicos. Em escala crescente, comportamentos dessa espécie afetam a credibilidade das instituições ou pessoas (físicas e/ou jurídicas) intermediárias. Em proporções maiores, podem abalar, num determinado momento, a economia de um país. ora, tais condutas atingem ou põem em risco os interesses de cada um, individualmente, e da sociedade, como um todo, e violam, pois, a ordem econômica. E, por consequência, conferem ao estado a legitimidade para intervir ‘como garante de limiares mínimos de dignidade para a generalidade dos cidadãos’. (...) De forma direta, a lavagem de dinheiro pode afrontar o sistema financeiro. Disto não há dúvida, na medida em que a conduta criminosa agride a interesses da coletividade e inviabiliza o desenvolvimento do próprio país (art. 192 da CF). Quem hesitar em concordar com a ideia, pode dedicar-se a conhecer amiúde as graves consequências, trazidas pela lavagem de dinheiro, ao sistema financeiro japonês, cujos reflexos são sentidos na economia mundial”. PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 81-85.

³⁷⁶ “Depois de completadas a ocultação e a dissimulação, os bens já com aparência lícita vêm a ser empregados em alguma atividade econômica legítima. o dinheiro, aparentando procedência lícita, acha-se pronto para fazer parte do mundo dos negócios; para incluir-se em determinado setor econômico. Assim, com a integração, completa-se o ciclo para lavar o dinheiro, finaliza-se a reciclagem. Nessa oportunidade, volta-se ao ilícito mediante a prática de condutas que abusam do poder econômico e eliminam a concorrência. Muitas vezes, fomentadas pela grande quantidade de capital ilícito, empresas passam a exercer o monopólio em determinados seguimentos do mercado. Ferem-se, pois, a livre iniciativa e a livre concorrência (art. 170, *caput* e inciso IV, da CF). Nas palavras de Fabián Caparrós, o consumidor ‘perde poco a poco su capacidad de elegir, bien porque

criminosa – praticada em regra por grandes organizações e em formato empresarial – afeta a igualdade de oportunidades entre as empresas, bem como gera um perigo considerável para a livre concorrência, ocasionando grandes monopólios que acarretam graves prejuízos aos consumidores em geral, que acabam tendo seu poder de escolha gravemente reduzido.

André Luís CALLEGARI pensa de forma similar. Para esse autor, a lavagem surge da necessidade de ocultar o lucro obtido ilicitamente – o que poderia denotar ser a administração da justiça o bem jurídico tutelado por sua tipificação. Todavia, é a partir da introdução do dinheiro sujo na economia oficial que esse fenômeno mais se apresenta como lesivo. O investimento do lucro ilegal, em grande escala, acarreta o *“perigo de que economias inteiras caiam sob seu controle, que se distorça o sistema financeiro e que o sistema democrático, em determinados países, fique sem estabilidade”*³⁷⁷.

Marco Antonio de BARROS também comunga desse entendimento, embora afirme que o crime em comento é pluriofensivo:

“Hoje nos parece apropriado afirmar que o crime de ‘lavagem’ de capitais é pluriofensivo, eis que tutela juridicamente mais de um bem. Em apertada síntese podemos dizer que esses bens tutelados são, primordialmente, a estabilidade e a credibilidade dos sistemas econômico e financeiro do País.”³⁷⁸

Na mesma linha de pensamento, Diego J. GÓMEZ INIESTA³⁷⁹ aponta

los oferentes de bienes y servicios que precise no le inspiren credibilidad, o bien porque esa oferta se realice por un número cada vez menor de sujetos”; e para o empresário ‘su margen de actuación se reduce progresivamente hasta llegar a desaparecer, presionado por quienes se suman al mercado despreciando las reglas de la honesta competencia’. Tal constatação leva a identificar a violação a valores socioeconômicos, resguardados pela CF (art. 170, IV e V), os quais vão conferir substância aos bens jurídicos, protegidos pelo tipo da lavagem de dinheiro. É necessário dizer que essa representação do objeto jurídico não se distancia da realidade, porque se quer evitar, com a infração penal em questão, que o crime organizado disponha dos ganhos ilícitos, prejudicando a economia, para consolidar mais poder na sociedade, em especial naquelas onde imperam as liberdades públicas”. PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 86-88.

³⁷⁷ CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas do Direito penal.* p. 49-50.

³⁷⁸ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas.* p. 54.

³⁷⁹ “Con la punición del blanqueo no se pretende castigar un sujeto distinto a aquél sobre el que se desea que opere la prevención en una especie de adelanto de las barreras típicas a la lesión de un bien jurídico, pues, de hecho, y como se verá en páginas posteriores, la pena a imponer es independiente de la establecida por la Ley penal para el delito previo; y, además, desde un punto de vista político-criminal el fundamento del castigo reside en el daño que dichos comportamientos ocasionan, al distorsionar los indicadores y la estabilidad reales de la economía de un país, por lo que dichos comportamientos deberían ser clasificados como un grave delito contra la economía al suponer que las organizaciones criminales invierten libremente los bienes procedentes de actividades ilícitas para darles apariencia de licitud. Es decir, los resultados lesivos se dejan sentir notablemente

que a conduta incriminada acarreta danos à confiabilidade do sistema financeiro e econômico em geral, dada possibilidade que as grandes organizações criminosas têm de movimentar de forma especulativa os grandes lucros que auferem ilicitamente. Com isso, a dissimulação acaba por distorcer indicadores econômicos, chegando a prejudicar, inclusive, a regulação estatal sobre a economia. Tudo isso sem falar na evidente agressão que a ocultação opera sobre a livre concorrência e a livre iniciativa, uma vez que as organizações criminosas fazem uso, na economia lícita, de bens e valores auferidos ilicitamente (consequentemente, sem a incidência de tributos), obtendo assim vantagens em relação aos grupos econômicos que agem regularmente.

Por fim, Carla Veríssimo DE CARLI assevera que a ordem econômica configura o bem jurídico tutelado pelo tipo penal de lavagem de capitais, asseverando que os valores sociais relevantes nessa incriminação vão desde a *“repulsa da coletividade ao uso de fenomenais volumes de dinheiro obtidos à custa da prática de crimes graves”* até o *“desejo [geral] de desempenhar atividades econômicas em um ambiente minimamente correto, com aplicação de regras igais para todos (...), do desenvolvimento de empresas legitimamente dedicadas à produção de bens e de prestação de serviços , da proteção aos recursos públicos (...), que são geridos pelos funcionários públicos e agentes políticos”*³⁸⁰.

3.2.4.2. Tráfico lícito de bens como bem jurídico protegido

Existem autores que, por outro lado, preferem afirmar não ser possível à lavagem de capitais tutelar a ordem econômica em sua completude. Para estes,

en el transtorno de todos los principios en que se basa el actual orden económico y social, donde no debe olvidarse que junto a la garantía de la libre circulación de capitales se asegura al mismo tiempo un cierto grado de intervención a través de un conjunto de normas que lo disciplinan, lo cual no quiere decir que no existan conductas directamente contrarias a aquellos principios; en concreto, y siguiendo DÍEZ RIPOLLÉS, la integración en el mercado financiero de recursos obtenidos a un coste considerablemente inferior a aquellos obtenidos a través de actividades lícitas, la incidencia sobre determinados sectores económicos especialmente favorables o dispuestos a la canalización de tales recursos (especialmente los institutos bancarios), y la progresiva e interesada aceptación generada entre los propios operadores económicos profesionales e incluso administrativos, etc. Más concretamente, y tal y como enumera CADENAS CORTINA, el *blanqueo* produce fenómenos de hiper-reacción en los mercados si éstos son objeto de movimientos de carácter especulativo, con las oscilaciones consiguientes en los índices de cambio y/o interés; influye negativamente sobre las actividades de las empresas; contamina la libre competencia; domina las entidades de crédito condicionando su liquidez; e influye negativamente en el funcionamiento de la economía”. GÓMEZ INIESTA, Diego J. *Op. cit.* p. 38-39.

³⁸⁰ DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminização e análise do discurso*. p. 114.

apenas uma ou algumas das suas manifestações é que podem ser protegidas pelo tipo em questão.

A professora Juana DEL CARPIO DELGADO encontra-se neste segundo grupo. Para ela, a realização das condutas literalmente descritas no tipo de lavagem de dinheiro pode lesionar interesses pessoais e coletivos. Mas, algumas lesões específicas a bens jurídicos reflexos, direta ou indiretamente atingidos pela ocultação de bens – como o patrimônio, o controle de câmbio ou o erário público, assim como a administração da justiça, por meio do encobrimento do crime anterior –, já encontram castigo em outros tipos penais. É preciso, portanto, encontrar precisamente onde residiria a lesividade desta conduta em especial, a qual não pode ser confundida com o desvalor de outros delitos³⁸¹.

Segundo esta autora, a tipificação da lavagem de capitais como delito contra a ordem socioeconômica é absolutamente legítima, pois a proteção de bens coletivos de caráter econômico é completamente consonante com a ordem constitucional espanhola – que se instala sobre as bases de um Estado social intervencionista, e não de um Estado liberal. Tudo porque a Carta Magna da Espanha – assim como, em linhas gerais, a Constituição Brasileira de 1988 – prevê, expressamente, como princípios reitores nesta matéria (1) a economia de mercado e a liberdade de empresa, (2) a política de estabilidade econômica, (3) a utilização racional dos recursos naturais, (4) a defesa dos consumidores, (5) a iniciativa pública na atividade econômica, (6) a possível reserva de atividades essenciais ao setor público, (7) a modernização e o desenvolvimento de todos os setores econômicos, (8) a planificação da atividade econômica em geral³⁸².

Até aqui, esta autora praticamente concorda com tudo o que dizem os autores que compõem o grupo anterior. Seu diferencial está, contudo, na colocação de uma singela questão: é possível afirmar que a ordem socioeconômica em todas as suas facetas e manifestações, possa ser o bem jurídico tutelado pelo tipo de ocultação de bens?

Em resposta, DEL CARPIO DELGADO responde que a ordem econômica em sua completude não pode ser alçada à categoria de bem jurídico protegido por

³⁸¹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 72-74.

³⁸² Tudo isso leva a aceitar ser indiscutível a importância que se reconhece à intervenção estatal nas manifestações socioeconômicas. Por esta razão, esta autora considera não haver dúvida de que a ordem socioeconômica é um interesse valioso e merecedor de proteção jurídico-penal, inclusive por meio do tipo de lavagem de capitais. *Idem.* p. 77.

algum tipo penal³⁸³.

Segundo esta autora, o Direito penal, em verdade, não protege a ordem socioeconômica como se se tratasse de um bem jurídico, mas sim, mais propriamente, ante o reconhecimento da vinculação entre a proteção do patrimônio e a de outros interesses econômicos coletivos que se veem implicados em determinadas lesões patrimoniais. A ordem econômica, vista dessa forma, configura nada mais do que um *objeto político-criminal* que serve para agrupar sistematicamente determinadas condutas que afetam ou põem em perigo a produção, distribuição ou consumo de bens e serviços³⁸⁴.

As consequências dessa conclusão parcial repercutem para o estudo da ocultação de bens. Afinal, segundo esta autora, se a ordem econômica não é o bem jurídico da lavagem de dinheiro, então este elemento não integra o tipo de injusto, razão pela qual sua lesão ou colocação em perigo não precisam ser abarcados pelo dolo do autor e não são necessários para a consumação do delito³⁸⁵.

Esta professora, ao contrário de alguns autores já citados anteriormente, tal como PITOMBO, BAJO FERNÁNDEZ e MOLINA FERNÁNDEZ, considera que a lavagem é (ou, melhor dizendo, deve ser) punível mesmo que pequenas quantidades de dinheiro estejam em jogo. Caso esse crime visasse à proteção da ordem econômica em geral, quando a movimentação financeira em questão não

³⁸³ Idem. p. 78. Em detalhes, e no mesmo sentido, v. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 96 e seguintes. Da mesma forma, assim se manifesta Caty VIDALES RODRIGUEZ: “En los últimos tiempos, viene imponiéndose una concepción amplia de Derecho económico, en cuya virtud, no solo se castigan las infracciones dirigidas a obstaculizar o impedir el intervencionismo estatal, sino también aquellas otras que afectan a la actividad económica dentro de la economía de mercado. El principal problema que plantea la adopción de un concepto tan amplio – además de que se dificulta en gran medida la distinción entre delitos patrimoniales y delitos socioeconómicos, ya que esta distinción venía haciéndose atendiendo a la titularidad, individual o colectiva, de los bienes – es la imposibilidad de señalar un bien jurídico unitario como objeto de protección. Inconveniente que soslaya RODRIGUEZ MOURULLO afirmando que ‘tal epígrafe no expresa un bien jurídico, sino que es una pura categoría sistemática de referencia’; en cuyo caso, sería necesario analizar los tipos penales en concreto a fin de determinar cuál es el interés protegido en cada figura delictiva”. VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 88-89.

³⁸⁴ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 78-79. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ também assevera que a ordem econômica, em sentido amplo, não configura nunca o bem jurídico tecnicamente protegido por um tipo penal, nem mesmo quando se trata de crimes econômicos em sentido estrito (aqueles que agridem a própria regulação do Estado na economia). Cf. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 96 e ss. No mesmo sentido: “El orden socioeconómico no es un bien jurídico, sino un concepto complejo que simplemente cumple una función sistemática y que está integrado por numerosos factores que es necesario individualizar para establecer en cada caso cuál es el bien jurídico macrosocial protegido”. HORMOZÁBAL MALARÉE, Hernán. *Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español*. p. 196.

³⁸⁵ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 79. Como se nota com facilidade, tudo isso gera imediatos efeitos, por exemplo, sobre a (in)aplicação do princípio da insignificância em delitos de ocultação, o que será analisado em momento posterior.

fosse capaz de gerar abalos à estabilidade monetária, ou ao mercado de câmbio, ou ao normal funcionamento da bolsa de valores, não haveria lesividade capaz de fazer concluir pela tipicidade da conduta. Afinal, nestes casos não se poderia falar em lesão ou sério perigo à ordem socioeconômica.

Além disso, a autora ora mencionada chega a assumir que BAJO FERNÁNDEZ tem certa razão em afirmar que a lavagem pode até encerrar um conteúdo benéfico para alguma das facetas da ordem econômica globalmente considerada (algo que poderia ser considerado em relação aos paraísos fiscais), o que afastaria a possibilidade de se afirmar ser este o bem jurídico por ela atingido³⁸⁶.

É por todos esses motivos que para DEL CARPIO DELGADO a ordem econômica em sua completude não vem a ser o bem jurídico imediato da tipificação da lavagem. A incriminação das condutas de ocultação só pode visar a proteger algumas esferas, elementos ou interesses da ordem econômica. É assim que, para ela, o bem jurídico protegido pelo tipo só pode ser a circulação de bens no mercado³⁸⁷, como elemento essencial para a higidez da economia em geral.

Para essa professora, um dos pressupostos fundamentais para o bom funcionamento do mercado e, conseqüentemente, da ordem econômica, é a licitude dos bens que nela circulam. Essa circulação deve ser protegida contra a contaminação que representa a incorporação dos bens de procedência delitiva, aspecto central e fundamental do crime ora analisado.

Se todos os cidadãos comprem, vendem, são titulares de bens e títulos, então dependem do bom funcionamento dos mercados que compõem a economia em geral. Porém, o bom funcionamento de tudo isso depende da igualdade de condições, com a transferência de bens lícitos, amparados pela Lei³⁸⁸. É nesse panorama que aparece a *lícita circulação de bens no mercado* como um interesse

³⁸⁶ Não que com isso esta autora queira dizer que a lavagem seja essencialmente benigna. O que se quer é ressaltar algumas vantagens *imediatas* e pontuais que podem ser causadas pelos bens de procedência ilícita no funcionamento de determinadas economias. Segundo DEL CARPIO DELGADO, este seria mais um elemento para rechaçar a ideia de que a lavagem protege imediatamente a ordem econômica em sua completude. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 79.

³⁸⁷ Cujos sinônimos, que podem indiscriminadamente ser usados no lugar dessa expressão, são: *circulação dos bens no mercado, circulação econômica ou financeira, liberdade de tráfico econômico, tráfico lícito de bens*.

³⁸⁸ “Na descrição do modelo de sociedade na que atualmente nos desenvolvemos, os valores sociais, ainda quando não se quer que tenham um valor predominante no meio, passam a ter um valor igual aos interesses individuais e, em alguns casos específicos, o valor que se lhes deve outorgar é ainda superior, sem que isso signifique que sua proteção tenha que lesionar os interesses fundamentais dos indivíduos, consagrados constitucionalmente”. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 82.

coletivo que precisa de proteção em face de condutas de lavagem dotadas de danosidade social³⁸⁹.

Cumprе salientar que para esta autora a licitude da circulação de bens no mercado é um bem jurídico coletivo, macrossocial e a serviço de bens jurídicos individuais. Não se trata de um bem jurídico institucional, de titularidade estatal³⁹⁰.

Em linhas gerais, o pensamento de Juana DEL CARPIO DELGADO coincide com o de Francisco MUÑOZ CONDE³⁹¹, outro autor que defende ser a livre circulação de bens no mercado o bem jurídico a ser protegido pelo tipo de lavagem de capitais.

3.2.4.3. Delito pluriofensivo: ocultação de bens como crime contra a ordem econômica e contra a administração da justiça

Há autores que afirmam que a lavagem de dinheiro é um crime pluriofensivo, cujos efeitos afetam não apenas a ordem econômica, mas também a administração da justiça. Neste grupo, estão Caty VIDALES RODRIGUEZ, Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Vitalino CANAS e Roberto DURRIEU.

Para a primeira autora, a localização sistemática da lavagem não deixa dúvida de que o crime é econômico, mas leva em consideração ser impossível – diante da forma como foi redigido o tipo penal da lavagem de dinheiro nos diversos países que criminalizam esta conduta – não concluir pela absoluta proximidade entre a lavagem de dinheiro e o crime de encobrimento, ou favorecimento real (exemplo típico de crime contra a administração da justiça). Colocadas estas premissas, e considerando a drástica diferença das penas cominadas ao encobrimento e à ocultação de bens na Espanha, VIDALES RODRIGUEZ conclui pela pluriofensividade dessa segunda conduta³⁹².

³⁸⁹ A autora não deixa de lado a concepção antropológica de bem jurídico: este elemento [a licitude do tráfico de bens] é relevante perante o Direito penal porque sem ele, dado o modelo de estado social e de economia minimamente planificada, não há desenvolvimento da pessoa humana em todas as suas dimensões. Principalmente tendo em vista que se vive num mercado normativizado, no qual o estado deve regular os aspectos mais fundamentais das ações dos que nele operam. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 84.

³⁹⁰ *Idem.* p. 85.

³⁹¹ MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal*. Parte Especial. p. 521.

³⁹² VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 91. No mesmo sentido: “Tampouco resulta de todo acertado considerar a lavagem de dinheiro como um delito que protege unicamente bens jurídicos macrossociais como a ordem econômica ou o sistema financeiro de um país. Dado que se bem é certo que os principais efeitos do delito que analisamos podem distorcer os indicadores e a

Para ela, a agressão à ordem econômica está precisamente no meio usado para legitimar o capital sujo, e não exatamente no fim da conduta. Isso porque quem quiser dar aparência de legalidade ao dinheiro auferido ilicitamente terá que recorrer frequentemente à evasão de divisas, à criação de sociedades fictícias, à falsificação de balanços, etc., comportamentos estes que inegavelmente agridem o bom funcionamento da ordem econômica. A lavagem impede a transparência do sistema financeiro, o crédito das instituições financeiras e do resto dos organismos que operam no circuito econômico e, em definitivo, a segurança do tráfico comercial.

Além disso, a reciclagem atacaria interesses econômicos que não são afetados por nenhum outro crime, a exemplo do que ocorre com a especulação imobiliária em determinadas zonas em que se investe o dinheiro sujo ou com a geração de desigualdade de condições entre os agentes econômicos – pois aquele que age com dinheiro obtido à margem da tributação terá, por óbvio, mais vantagens comerciais do que seus concorrentes que agem dentro da legalidade³⁹³.

Esta autora enumera algumas razões para além da redação do tipo (que não deixaria dúvidas acerca da proteção da administração da justiça) para concluir pela multiofensividade da lavagem de capitais: (1) a localização sistemática deste delito na Espanha, entre os crimes econômicos; (2) a multa cominada para o delito de lavagem de capitais, que na Espanha é fixada em relação com o valor dos bens ocultados; (3) o fato de a pena do delito prévio não funcionar como limite à sanção da lavagem, ao contrário do que ocorre com a receptação e o encobrimento; (4) o fato de a sanção da lavagem ser superior à do encobrimento e do delito fiscal³⁹⁴.

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ compartilha desse entendimento, asseverando que, apesar da localização deste delito no Código penal espanhol dentre os crimes contra a ordem econômica, a redação do tipo penal (que dá a entender tratar-se de verdadeira modalidade autônoma de encobrimento) revela um delito que visa, também, à proteção da administração da justiça. A solução proposta por este autor, então, é considerar a ocultação sob o viés da pluriofensividade.

Para este professor, *“é claro que a perspectiva socioeconómica debe ser tida em conta para caracterizar o bem jurídico tutelado no artigo 301 [do Código*

estabilidade reais da economia de um estado, nem sempre os procedimentos de lavagem contradizem as formas ou limites da regulação normativo-financeira ou normativo-tributária”. PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *El delito de lavado de dinero*. p. 64.

³⁹³ VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 92-93.

³⁹⁴ Idem. p. 93-94.

Penal espanhol], e que este bem jurídico pode se concretizar na ideia da licitude dos bens que circulam no mercado, que deve ser protegida da incorporação de bens de origem delitiva.”³⁹⁵. Na esfera socioeconômica, portanto, MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ considera ser a licitude do tráfico de bens no mercado – nos mesmos moldes descritos por DEL CARPIO DELGADO – o bem jurídico tecnicamente (imediatamente) protegido pelo tipo penal da lavagem de dinheiro. Esse é, assim, um dos bens jurídicos tutelados pelo tipo penal em questão.

Mas não é o único. Na opinião de MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ a própria redação do tipo penal de lavagem faz crer tratar-se de uma incriminação dirigida à proteção da administração da justiça, como dito anteriormente³⁹⁶. Mas outro elemento que revelaria a manifesta pluriofensividade do crime consiste na própria gravidade das penas de prisão cominadas aos tipos de ocultação, algo que não poderia ser explicado unicamente com base na lesão de bens jurídicos socioeconômicos³⁹⁷.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ aduz, por fim, que introduzir a vulneração do bem jurídico “administração da justiça”, ao lado do bem jurídico de natureza socioeconômica antes exposto, permitiria restringir teleologicamente a interpretação do tipo penal, o que reduziria seu âmbito de incidência³⁹⁸.

Vitalino CANAS, em Portugal, também admite ser a lavagem de dinheiro um crime pluriofensivo, mas num sentido mais abrangente. Segundo seu pensamento, a tipificação da ocultação de bens visa, por um lado, à proteção da sanidade dos fluxos econômicos e financeiros e a higidez e estabilidade das

³⁹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. p. 499. E continua o mesmo autor: “Por lo demás, desde la perspectiva político-criminal de la estrategia de lucha contra el blanqueo de bienes, la comprensión de esta figura delictiva como un genuino delito contra el orden económico, que incide directamente sobre la última fase del fenómeno del blanqueo de capitales (o sea, la integración del dinero o bienes de origen delictivo en la economía legal), posee la indudable ventaja de incluir todos los estadios intermedios, permitiendo superar una visión parcial, como la que ofrecería la concepción de dicha figura como un delito contra la Administración de justicia. A la vista de todo lo anterior, parece fuera de toda duda que la licitud de los bienes en el tráfico financiero y económico legal es un bien jurídico tecnicamente protegido en el delito de blanqueo. Idem. p. 500.

³⁹⁶ O que, a toda evidência, também ocorre com a Lei brasileira de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98).

³⁹⁷ “En mi opinión, aparte de la letra de la ley, que indudablemente define el delito de un modo claramente orientado a la protección de la Administración de justicia, debería ser un argumento decisivo el dato de la gravedad de las penas (incluido el castigo de la versión imprudente), puesto que ello no puede ser explicado únicamente com base en la lesión de un bien jurídico exclusivamente socioeconómico”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. p. 500.

³⁹⁸ Idem. Ibidem.

instituições políticas de um determinado país. Por outro lado, tutela – mediata ou imediatamente – a boa administração da justiça, motivo pelo qual atos isolados e esporádicos de lavagem de dinheiro devem ser considerados típicos e ilícitos, porque nessas hipóteses, *“mesmo que não se pretenda uma posterior utilização perversa dos recursos financeiros, pretende-se esconder a sua origem, dificultando o funcionamento da justiça”*.³⁹⁹

Na Argentina, Roberto DURRIEU também afirma que a lavagem de dinheiro é crime pluriofensivo que atenta contra a administração da justiça e contra a ordem econômica. Contra a primeira, porque a lei argentina considera criminosa a ocultação de bens provenientes de qualquer delito, o que denotaria o desejo do legislador de *“centrar-se na ação encobridora atentatória da administração da justiça”*⁴⁰⁰. Todavia, o mesmo autor assevera que o fato de a Lei argentina ter estipulado uma quantia dissimulada a partir da qual a conduta passa a ser objetivamente típica obriga a enxergar na ocultação um viés socioeconômico. Além disso, negar o caráter danoso da lavagem à ordem econômica (principalmente à livre concorrência e à transparência do mercado) seria, em suas palavras, *“desconhecer o evidente”*⁴⁰¹.

Dentre os dois interesses agredidos pelo crime ora analisado, DURRIEU considera que o mais valioso seja a higidez da economia. Dessa forma, em seu pensar a dissimulação deve ser interpretada como um delito socioeconômico por excelência, completamente independente da receptação e do encobrimento, ainda que mediatemente agrida a administração da justiça por ocultar o delito prévio.⁴⁰²

No Brasil, semelhante pensamento é construído por Antonio Carlos WELTER. Para ele, a regularidade das relações econômicas pressupõe a presença de recursos com origem lícita, elemento que preserva não somente os intervenientes, *“mas também as relações destes para com terceiros e para com o próprio Estado”*. É assim que o tipo penal de lavagem de capitais tende a proteger o mercado da contaminação advinda de recursos ilícitos, constituindo-se como instrumento de combate à macrocriminalidade. Todavia, para WELTER é inegável que a administração da justiça também é atingida pela conduta de ocultação, ainda

³⁹⁹ CANAS, Vitalino. *Op. cit.* p. 20.

⁴⁰⁰ DURRIEU, Roberto. *El lavado de dinero en la Argentina*. p. 103.

⁴⁰¹ *Idem.* p. 104.

⁴⁰² *Idem.* p. 104-106.

que de forma mediata⁴⁰³.

3.2.4.4. Críticas

Críticas de algumas ordens se levantam contra as teorias que preconizam ser a ordem econômica – em sentido amplo ou em sentido estrito (licitude do tráfico de bens) – o bem jurídico protegido pelo tipo penal em questão.

Em primeiro lugar, é de se apontar a dificuldade que os próprios autores dessa corrente de pensamento encontram para explicar de que forma a lavagem de dinheiro se encaixaria no conceito de crime econômico em sentido estrito (como “*Direito penal administrativo econômico*”, ou “*infrações que atentam contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia*”) ou em sentido amplo (“*infrações que vulneram bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, ainda que não afetem diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, transcendem a dimensão puramente individual, trate-se de interesses gerais ou trate-se de interesses de amplos setores ou grupos de pessoas*”, ou “*infrações que, ainda que num primeiro momento afetem bens jurídicos puramente individuais, comportam um abuso de medidas e instrumentos da vida econômica*”)⁴⁰⁴.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, como visto em linhas anteriores, em sua obra *Direito Penal Económico*, Parte Especial⁴⁰⁵, diz ser o tráfico lícito de bens no mercado o bem jurídico tecnicamente (imediatamente) tutelado pela lavagem de dinheiro. Já na Parte Geral⁴⁰⁶, classifica a ocultação de bens como crime econômico em sentido estrito, mas sem explicar a fundo e de maneira convincente os motivos

⁴⁰³ WELTER, Antônio Carlos. *Dos Crimes*: dogmática básica. p. 157-158.

⁴⁰⁴ Esta classificação é atribuída a BAJO FERNÁNDEZ, mas é generalizadamente citada entre os autores do Direito penal econômico. Dentre eles: VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 87-88; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*, Parte general. p. 32 e seguintes.

⁴⁰⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. p. 500.

⁴⁰⁶ Este autor afirma que são natos delitos econômicos em sentido estrito os crimes contra a Fazenda Pública e a Seguridade Social, bem como o contrabando e os crimes monetários. Mas prossegue: “Ahora bien, al margen de las familias acabadas de mencionar, a lo largo de lo articulado del nuevo C.p. español de 1995 se definen asimismo diversos delitos que, pese a recogerse en compañía de figuras de naturaleza dispar (incluso de delitos primordialmente patrimoniales, en cuanto a su objeto jurídico directamente protegido), pueden ser calificados de genuinos delitos económicos en sentido estricto. Este es el caso del llamado ‘blanqueo de capitales’ (art. 301 y ss.) o del delito societario de obstaculización a la actuación inspectora o supervisora de la Administración (art. 294) e incluso de los delitos contra la libertad de competencia o libre mercado (...)”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte general. p. 72-73.

dessa classificação, pois não se ocupa de explicar as razões que fariam crer tratar-se a lavagem de dinheiro de um crime que atenta contra a própria atividade interventora do Estado na economia.

Aliás, é sintomático que essa manifesta dificuldade em classificar-se a ocultação dentro dos dois conceitos de delitos econômicos doutrinariamente propostos seja expressamente assumida por Caty VIDALES RODRIGUEZ⁴⁰⁷, mesmo que essa seja uma das defensoras do carácter socioeconômico da lavagem de dinheiro.

Em um segundo momento, Fernando MOLINA FERNÁNDEZ⁴⁰⁸, partindo da ideia de que os autores desta linha doutrinária confundem, em suas argumentações, os efeitos econômicos com os efeitos de outra ordem gerados pela lavagem de dinheiro (como a promoção dos crimes em geral ou o encobrimento do delito prévio)⁴⁰⁹, diz que o discurso da corrente socioeconômica parece ignorar que o dinheiro sujo – e suas eventuais consequências danosas na economia – existe por causa do delito precedente, e não por causa da lavagem de capitais. Dessa forma, estes específicos efeitos não podem ser atribuídos à ação delituosa posterior àquela que gera o lucro objeto da ocultação⁴¹⁰.

Além disso, MOLINA FERNÁNDEZ tece duras críticas à doutrina que defende ser a licitude da circulação de bens no mercado o bem jurídico em questão, asseverando que, desde um ponto de vista socioeconômico, este suposto bem

⁴⁰⁷ “A la vista de las definiciones dadas, nos parece difícil encajar esta figura en el concepto estricto de delito económico. y ello porque es cuestionable mantener que el blanqueo lesione en todo caso el interés del Estado en intervenir en la economía, como así parece demostrarlo la existencia de numerosos paraísos financieros. En este sentido, piénsese que los delitos económicos en sentido estricto presentan como característica común la de obstaculizar la función interventora del Estado, el cual no puede permanecer impasible cuando se deja de ingresar una cantidad de dinero en la Hacienda Pública, o cuando se falsean las condiciones para obtener una subvención, o cuando se comercia con géneros estancados o prohibidos e, en fin, cuando se importan o exportan capitales sin control estatal. La realización de estas conductas dificulta en mayor o menor medida que el Estado pueda cumplir los fines que tiene encomendados, al conllevar perjuicios económicos para las arcas estatales. Pero, el problema de la legitimación de capitales es sustancialmente distinto al suponer, en muchos casos, un beneficio – en términos puramente económicos – para el país. En consecuencia, parece que la ilicitud de estos comportamientos no radica en el perjuicio que al Estado se le ocasione a la hora de intervenir y dirigir la economía, sino que estriba en la ‘suciedad’ procedencia del capital legitimado. Pero si difícil resulta afirmar que el blanqueo es un delito económico en sentido estricto, tampoco está exento de inconvenientes mantener que lo es en sentido amplio, ya que, como acabamos de ver, este tipo de delito presenta la condición *sine qua non* de lesionar, en primera instancia, bienes jurídicos individuales, lesión que, con frecuencia, no podrá afirmarse en relación con esta figura”. VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 89-91.

⁴⁰⁸ As críticas de MOLINA FERNÁNDEZ aqui colocadas, por óbvio, somam-se àquelas já indicadas no corpo dos tópicos anteriores.

⁴⁰⁹ Neste ponto, a crítica do autor dirige-se, em especial, à doutrina de GOMÉZ INIESTA. V. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 111.

⁴¹⁰ Idem. Ibidem.

jurídico é afetado por qualquer dinheiro *negro*, e não somente por aquelas somas que provêm de um delito⁴¹¹. Para ele, não haveria diferença alguma entre intervir no mercado com grandes quantidades de dinheiro que procedem de operações encobertas não delitivas e fazê-lo com dinheiro obtido criminosamente. Isso faz com que não reste justificada a limitação típica do crime de lavagem de capitais⁴¹².

Ademais, para este professor, admitir que o bem jurídico seja a licitude do tráfico de bens seria ignorar o princípio da lesividade, pois ações de lavagem, em regra, não encerram desvalor suficiente para afetar este aspecto da ordem socioeconômica⁴¹³.

Uma terceira crítica é feita por João Carlos CASTELLAR, que aduz que a lavagem não é capaz de afetar a livre concorrência – ao contrário do que afirma PITOMBO, em passagem já mencionada –, dada a independência entre as regras que regem o funcionamento da economia e a origem dos ativos que nela transitam:

“A pensarmos dessa maneira, entretanto, quaisquer bens que procedessem do cometimento de qualquer delito e que fossem empregados no mercado financeiro ou investidos numa empresa, incluindo-se aí o produto do estelionato, do furto e até mesmo a paga recebida no homicídio por encomenda, poderiam estar, em tese, violando a livre concorrência, pois os capitais ilícitos conferem a quem os detém o mesmo poder, tenham sido ou não previamente dissimulados ou lavados, e eis que a economia se conduz por meio de regras que lhe são próprias, as quais continuarão a vigor independentemente da origem dos capitais que nela circulam.

Isso nos leva a considerar que o bem jurídico “livre concorrência” não sofre qualquer lesão direta se valores obtidos ilicitamente ingressam no mercado lícito, razão pela qual a incriminação da lavagem de dinheiro não pode visar à sua proteção, pois se assim fosse estaria desatendido o princípio da lesividade, que proíbe o estabelecimento de penas cujo fundamento não esteja na existência de um bem jurídico protegido, vedando, ainda, o estabelecimento de delitos que não estejam edificados sobre a existência de um bem jurídico”.⁴¹⁴

⁴¹¹ Embora este autor não especifique, de forma suficiente, o que quer dizer com “dinheiro negro” não proveniente de atividade delitiva.

⁴¹² Idem. p. 112.

⁴¹³ É por isso que este autor conclui: “Los perjuicios achacables al blanqueo tienen más que ver con el probable mal uso que se haga del dinero blanqueado o con la promoción y encubrimiento de los delitos de los que trae su origen que con intereses estrictamente económicos. Si en una situación tipo ‘Robin Hood’, el dinero obtenido del blanqueo se utilizara en servicios sociales – que es a fin de cuentas lo hace el Estado cuando decomisa los bienes – no se ve muy bien qué perjuicio económico se derivaría de ello (o qué beneficio de seguir manteniéndolo en la economía sumergida, solución que, en el caso del Estado, sería poco menos que grotesca)”. Idem. p. 112-113.

⁴¹⁴ CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.* p. 164. É mais ou menos neste sentido (da *neutralidade* do objeto supostamente protegido) a crítica deste mesmo autor à posição de alguns autores que afirmam ser a lavagem de dinheiro capaz de agredir o próprio sistema financeiro: “assim sendo, quando se defende a tese de que a lavagem de dinheiro causa danos ao próprio sistema financeiro, se está simplesmente esquecendo de que tal sistema nada mais é senão um instrumento neutro que serve exclusivamente para canalizar os capitais que afluem ao mercado e que de modo algum se vê afetado em seu funcionamento por causa da origem dos próprios capitais”. Idem. p. 179.

Linhas depois, continua o mesmo autor, levantando agora outro argumento para dizer por que motivo a lavagem não pode ser considerada atentatória à livre concorrência:

“Inicialmente, o receio de que o poderio econômico das chamadas organizações criminosas, obtido graças aos ganhos conseguidos com os fundos lavados, viesse a permitir que elas controlassem importantes setores de economias nacionais, comprometendo a livre concorrência, é meramente retórico, pois esta afirmativa não leva em conta que muitos e relevantes setores da ordem econômica mundial já se encontram há longa data sob o comando de determinados e poderosos grupos empresariais, o que – e não se pode desprezar esta observação – é tido como perfeitamente lícito dentro das regras que o mundo globalizado elegeu para o seu funcionamento. Desse modo, alegar-se que a força econômica das organizações criminosas pode vir a abalar os alicerces econômico-financeiros de uma nação não nos parece poder ser interpretada como uma verdade científica, pois outras organizações dominam setores importantíssimos da economia, tais como, por exemplo, os grandes complexos de comunicação social, sem que isso implique ofensa à competição”.⁴¹⁵

Em quarto lugar, a própria redação do tipo penal em questão – no Brasil, inclusive – vai de encontro com a linha doutrinária que defende ser a ordem econômica, em sentido amplo ou estrito, o bem jurídico da lavagem de capitais. Da mesma forma como apontou MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ em relação à Lei espanhola, o artigo 1º da Lei n. 9.613/98 encerra nitidamente, ao menos em sua literalidade, um tipo que visa a proteger a administração da justiça ou, subsidiariamente, um crime de natureza patrimonial. Afinal, sua proximidade com os tipos de favorecimento real e receptação (artigos 349 e 180 do Código penal brasileiro, respectivamente) é absoluta e inegável.

Se o teor literal da Lei deve guiar a interpretação do referido tipo, isso é assunto para as considerações tecidas no próximo tópico.

3.3. Conclusão parcial

Nenhum consenso existe em relação ao bem jurídico defendido pelo tipo penal de lavagem de dinheiro, o que por certo desperta – como advertido ao início deste capítulo – considerável perplexidade. Mas é chegada a hora de apontarmos nossa opinião neste tema tão intrincado, até para que possamos seguir em diante para propormos nossa interpretação deste tipo penal. Tal decisão, como visto nos

⁴¹⁵ CASTELLAR, João Carlos. *Op. cit.* p. 179.

tópicos anteriores, acarretará importantes consequências práticas.

Diante de tamanha diversidade de opiniões – e críticas –, parece óbvio que nenhuma escolha será isenta de reparos. Em verdade, acreditamos que não haja uma única resposta correta nessa matéria, motivo pelo qual será buscada aquela posição que pareça menos criticável.

Antes de começar essa apreciação de cada teoria proposta, cabe consignar que nos raciocínios expostos adiante não se levará em conta a gravidade da punição prevista para o tipo penal de lavagem de dinheiro (3 a 10 anos de reclusão) em comparação com aquela estipulada para delitos “afins”, como o favorecimento real (detenção de 1 a 6 meses) e a receptação (reclusão de 1 a 4 anos). Tal se dá porque no Brasil a gravidade das penas se revela como elemento muito pouco esclarecedor, diante das manifestas incoerências encontradas no ordenamento pátrio⁴¹⁶. O posicionamento acerca do bem jurídico protegido pelo tipo de reciclagem, portanto, passará ao largo deste elemento⁴¹⁷.

Começemos pela análise da teoria segundo a qual o bem jurídico em questão é a administração da justiça.

De todas as teorias à disposição na doutrina, a menos convincente é esta – apesar de parecer fora de qualquer dúvida que na hipotética ausência de um tipo penal de lavagem de dinheiro, condutas hoje subsumíveis aos tipos da Lei n. 9.613/98 em geral fariam incidir a norma do artigo 349 do Código Penal⁴¹⁸.

Embora um dos efeitos colaterais da lavagem de capitais, desejados ou

⁴¹⁶ Poder-se-ia, aqui, listar uma série de exemplos, mas fiquemos com apenas um, que inclusive tangencia a questão da lavagem de dinheiro, uma vez que trata de crimes potencialmente antecedentes: a comparação entre as penas previstas para o delito dos artigos 22, parágrafo único, primeira parte, e para o crime do artigo 16 da Lei n. 7.492. Imagine-se a hipótese de um sujeito que, em uma operação, evade a quantia de R\$ 20.000,00 para o exterior à margem da fiscalização estatal. Sua pena, segundo o artigo 22, será de 2 a 6 anos de reclusão, e multa. Agora imagine-se outro cidadão que faça funcionar, durante anos, uma instituição financeira clandestina, movimentando com isso montantes muito mais significativos do que R\$ 20.000,00. Sua pena, segundo o artigo 16, será de 1 a 4 anos de reclusão, e multa. Ora, parece inegável que a segunda conduta aqui imaginada encerra muito maior desvalor de ação e de resultado, gerando assim uma agressão muito mais grave para o Sistema Financeiro Nacional.

⁴¹⁷ Ainda que se saiba – assim como foi demonstrado anteriormente – ser o fator “gravidade da pena” um elemento indispensável para que autores da envergadura, por exemplo, de Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ se decidam neste tema tão árduo. Neste sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal económico y de la empresa*. Parte especial. p. 498.

⁴¹⁸ É o que afirma Caty VIDALES RODRIGUEZ: “De un análisis comparativo entre las distintas modalidades favorecedoras recogidas en el artículo 451 y el segundo inciso del artículo 301.1, es fácil deducir que, de no ser por la existencia de este, la conducta que se tipifica – realizar cualquier acto para ocultar o encubrir el origen ilícito de los bienes, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos – tendría cabida en aquel. Es por ello que se hace necesario distinguir el ámbito de aplicación de ambos preceptos”. VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 150-151.

não em primeiro plano pelo seu autor, seja o efetivo encobrimento da conduta delitiva prévia⁴¹⁹, o bem jurídico dos tipos da Lei n. 9.613/98 não é a administração da justiça. A lavagem de dinheiro não se configura como uma espécie qualificada de favorecimento real, até porque o conceito de ocultação de bens ao início adotado – apresentado por GÓMEZ INIESTA – bem esclarece que a lavagem de dinheiro não volta suas atenções (apenas) para o encobrimento do crime prévio, mas principalmente para a reinserção do dinheiro ilicitamente obtido na economia oficial. Esse o seu escopo primordial, que não se confunde com o do favorecimento real, que pode se esgotar com a simples ajuda estendida ao criminoso para que tenha seguro o proveito de seu ato ilícito.

Ademais, não haveria nenhuma razão para, no Brasil, criar-se a Lei n. 9.613/98, com quase 20 artigos, apenas para regular matéria que está bem atendida pelo artigo 349 do Código Penal.

Há de se concordar com uma das críticas levantadas por PITOMBO⁴²⁰, no sentido de que a assunção da administração da justiça como bem jurídico em questão levaria à perigosa incidência das graves penas da Lei n. 9.613/98 para qualquer movimentação de ocultação, ainda que pequenos ou mesmo insignificantes os valores envolvidos⁴²¹. Tal expediente levaria a distorções na aplicação da Lei, distanciando-a dos seus propósitos político-criminais.

Esta última crítica é uma das que mais trarão consequências práticas para a interpretação do crime em exame, algo que será mais bem explorado no capítulo seguinte.

Passemos, pois, à análise de mais uma das doutrinas apresentadas: a que defende que a lavagem de capitais agride o mesmo bem tutelado pelo tipo penal do delito prévio.

⁴¹⁹ O que efetivamente impede a Administração da Justiça de investigar e punir o crime antecedente, bem como de empreender confiscos e apreensões.

⁴²⁰ PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 75.

⁴²¹ O que por certo desvirtuaria a própria explicação de motivos da Lei brasileira de lavagem, especialmente em seus parágrafos 22 a 24: **22.** Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, Direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais. **23.** O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de "*coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte*". Fica, portanto, sob o comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio. **24.** Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo.

Essa teoria é uma das mais sedutoras dentre todas as formuladas, tanto que mereceu uma parte considerável deste capítulo.

O fato de a Lei n. 9.613/98 ter trazido um rol fechado de crimes antecedentes dá a entender que o que se busca é reforçar a coibição daqueles delitos em específico, e não tutelar um bem jurídico aleatório ao dos crimes prévios, tal como a ordem econômica. Se a criminalização da lavagem de dinheiro fosse dirigida (apenas) à proteção da ordem econômica, nos moldes do que preconizam autores como PITOMBO e GÓMEZ INIESTA, não faria sentido enumerar, em lista fechada, os delitos dos quais pode provir lucro ilícito capaz de afetar esse bem jurídico. Afinal, o “dinheiro sujo”, apto a contaminar a ordem econômica, ostentará sempre esta condição, qualquer que seja o delito que o origina (o tráfico de drogas, um crime contra o sistema financeiro ou um significativo ato de estelionato ou furto, por exemplo).

A fundamentação aqui levantada, por óbvio, não se aplica aos países que, a exemplo de Portugal, Argentina e Espanha, não enumeram de forma exaustiva os crimes que podem gerar o lucro a ser ocultado criminosamente. Mas é válida – e por isso merece ser expressamente mencionada – para todos os países que, como Brasil e Estados Unidos da América, arrolam seus delitos antecedentes.

Ademais, a própria exposição de motivos da Lei n. 9.613/98, conforme amplamente demonstrado, se ocupa de colocar a ocultação de bens como “espécie qualificada” da receptação⁴²², crime manifestamente voltado à manutenção da situação antijurídica criada pelo crime prévio.

⁴²² Novamente, vale transcrever os parágrafos 21 a 23 daquele documento: “**21.** Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, Direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante sequestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinquência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao Direito penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes. **22.** Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, Direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais. **23.** O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de “coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”. Fica, portanto, sob o comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio”.

Em relação à crítica formulada por PITOMBO⁴²³, segundo a qual a assunção desta concepção levaria a interpretar o tipo de reciclagem como um “supertipo” destinado a reforçar a coibição dos delitos prévios, é de se acreditar que foi exatamente isso o que quis a comunidade internacional com os movimentos de criminalização da lavagem de dinheiro, desde a Convenção de Viena, em 1988. Alguns trechos daquele documento, já mencionados no capítulo anterior, deixam claro que o que se buscava, em primeiro lugar, era isolar o dinheiro sujo advindo *especificamente* do tráfico de drogas. Vale dizer: na falha do Direito penal e dos sistemas repressivos internacionais, que reconheciam sua incapacidade para evitar este específico crime, criou-se um “supertipo” de lavagem de dinheiro, que vem a atuar exatamente na hipótese de ineficácia dos tipos antecedentes.

Mas, de qualquer forma, é válida a crítica de PITOMBO. Embora o tipo penal tenha sido criado para funcionar como “supertipo”, já se disse no capítulo 1 que a *ratio legis* da regra criada não necessariamente se confunde o bem jurídico tutelado pelo tipo penal. A legitimidade da incriminação da lavagem de dinheiro não advém (ou adviria) meramente da vontade do legislador, mas propriamente do grau de lesividade que a conduta ostenta perante bens jurídicos indispensáveis para a vida em sociedade num Estado Social e Democrático de Direito.

Esta lesividade própria não está na reprodução da mesma agressão já operada pelo delito precedente, nem na manutenção desse ataque. Como bem salientado por Vitalino CANAS, em passagem mencionada neste capítulo, haja ou não o branqueamento, o bem jurídico do crime precedente já terá sido agredido com a geração do lucro sujo. A característica principal da dissimulação de bens não está em esconder o delito prévio – embora este seja um de seus mais evidentes efeitos colaterais –, mas sim na reinserção do dinheiro ilícito na economia. Esta a sua danosidade peculiar.

Além do mais, não é político-criminalmente (nem dogmaticamente) correto corrigir a falha da prevenção do delito prévio por meio da criação de um “supertipo penal”.

Vendo-se as coisas dessa forma concluir-se-ia que o escopo da criminalização da lavagem não seria, em regra, alcançado. Basta lembrar, juntamente com João Gualberto Garcez RAMOS, que se uma das razões alegadas

⁴²³ PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 74.

internacionalmente para a criação do delito de lavagem de dinheiro era a própria fragilidade dos Estados chamados a cooperar na sua repressão (vulneráveis ao poder econômico das grandes organizações criminosas e, portanto, incapazes de evitar o crime antecessor à ocultação), então parece desarrazoado afirmar que esses mesmos Estados pudessem ajudar, por meio dessa tipificação posterior, na tarefa de evitar o crime antecedente⁴²⁴.

De fato, não faz muito sentido acreditar que, se a tipificação do crime antecedente não conseguiu evitar a geração do lucro ilícito, o tipo de lavagem conseguirá tal desiderato. Assim, a punição da lavagem de dinheiro, por certo, não é o melhor instrumento para remediar falhas do próprio Direito penal, que não logrou êxito em coibir o crime base.

Colocadas essas críticas, tem-se que a ocultação de bens foi, de fato, criada para funcionar como um “supertipo” que vem a reforçar a repressão dos delitos prévios, mas não pode ser interpretada como um tipo penal que ostenta o mesmo bem jurídico destes. Tudo porque a *ratio legis* e a intenção do legislador não necessariamente coincidem com o bem jurídico tutelado pelo tipo penal. A interpretação dos tipos de lavagem de dinheiro deve ser informada por outra lógica.

Resta, por fim, analisar duas das proposições doutrinárias, bem como o embate que travam entre si: aquela que diz ser a ordem econômica o bem jurídico em questão e aquela que assevera não existir nenhum bem jurídico relevante a ser protegido pelo tipo aqui examinado.

⁴²⁴ “Ainda com relação ao papel dos países e das instituições financeiras na estratégia de repressão da lavagem, outra reflexão é possível.

Um dos discursos subjacentes à legitimação desse combate é o de que os criminosos, ao lavarem seu dinheiro, criam teias de influência e corrupção de governos. Daí a urgência de combater e reprimir essa conduta em todos os lugares.

Vê-se que o discurso repressivo parte da constatação de que países e mais países são suscetíveis de serem envolvidos pela corrupção proveniente do crime organizado e legalizada pelas instituições financeiras.

Ora, o discurso pressupõe a constatação de que o Estado contemporâneo é frágil e altamente influenciável pelas demandas dos coronéis do crime organizado.

Depois dessa profissão de fé às avessas, os mesmos Estados são convocados a colaborar com a repressão. Para tanto, no âmbito do grupo dos países mais ricos do planeta, foi criado a *Financial Action Task Force* (FATF), traduzida para o português como *Grupo de Ação Financeira Internacional* (GAFI), destinado a dar caráter operativo às recomendações e a elaborar os róis de paraísos fiscais. E o Brasil, visto tantas vezes com desconfiança pela comunidade internacional, e especialmente pelos países economicamente mais poderosos demorou muito pouco tempo para criar, no âmbito do Ministério da Fazenda, o *Conselho de Controle das Atividades Financeiras* (COAF).

Esses mesmos Estados, cuja fragilidade foi outrora considerada uma das causas da necessidade internacional de combater a lavagem de dinheiro, são chamados a colaborar com a repressão penal”. RAMOS, João Gualberto Garcez. *Algumas observações críticas e outras provocativas sobre a lavagem de dinheiro*. Acessível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem_provocacoes.pdf. Acesso em 10/09/2011.

Em primeiro lugar, é correta a crítica de MOLINA FERNÁNDEZ, acima exposta, segundo a qual muitos autores que dizem ser a lavagem de dinheiro um crime contra a ordem econômica argumentam com elementos alheios a este bem jurídico. GÓMEZ INIESTA e PITOMBO, por exemplo, chegam a dizer algo como “a lavagem de dinheiro é prejudicial à economia porque dá às organizações criminosas alto poder de corrupção”. Ainda que se considerasse verdadeira a premissa, é certo que ela não conduz à conclusão proposta.

Mas há, de fato, algo de correto no discurso dos autores que afirmam ser a lavagem de bens um delito eminentemente socioeconômico. Afinal, de tudo o que foi dito nos tópicos 2.2.4.1 a 2.2.4.3, é inegável que a ocultação de capitais, cometida nos termos para os quais foi criado o tipo legal no Brasil⁴²⁵, afeta a ordem econômica.

Valores constitucionais inerentes à ordem econômica como a livre iniciativa e a livre concorrência (artigo 170, *caput* e inciso IV, da Constituição da República), bem como o tráfico lícito de bens no mercado (que pode ser inserido dentre os requisitos para a realização dos ideais constitucionais inscritos nos artigos 170 e seguintes da Carta Política de 1988) são, ao menos, **colocados em perigo** por atos de lavagem de dinheiro – ou por **sucessivos atos desta mesma natureza** – que ostentem grande envergadura.

Muitas das críticas dirigidas à lavagem de dinheiro como delito contra a ordem econômica, portanto, não levam em consideração este singelo fato: a ocultação, sob o viés socioeconômico, em verdade, configura um **crime de perigo por acumulação** para o bem jurídico⁴²⁶. Como bem salientam os professores

⁴²⁵ Em outras palavras, segundo a finalidade externada no parágrafo 22 da exposição de motivos da Lei n. 9.613/98: “**22.** Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, Direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais”.

⁴²⁶ Roberto PODVAL, que não vê na ordem econômica o bem jurídico da ocultação, assevera, por exemplo, que a livre circulação de bens no mercado não pode configurar bem jurídico da lavagem de ativos, pois “admitir tal proposta (...) é estar a fazer uma análise futurística, pois, para tanto, seria necessário que se fizesse um juízo de ‘adivinhação’: necessariamente, partir-se-ia da premissa (nem sempre verdadeira) de que o dinheiro fruto da lavagem irá efetivamente alterar a circulação de bens no mercado”. Mais adiante, inclui que “a não ser que se partisse de um critério moral, não seria possível determinar que a circulação de bens no mercado esteja, necessariamente, abalada por causa da entrada de produto ilícito”. PODVAL, Roberto. *Op. cit.* p. 216. Da mesma forma, Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, comentando a doutrina que vê na ordem econômica o bem jurídico da reciclagem, afirma que “el principio de lesividad requiere que los tipos penales presenten un contenido de desvalor suficiente, y a este punto las dudas incluso desde una perspectiva económica son obvias”. *Op. cit.* p. 112.

portugueses Vitalino CANAS⁴²⁷ e Jorge GODINHO⁴²⁸, não se trata de um tipo de lesão, motivo pelo qual a tipicidade da conduta aparentemente não se liga à efetiva agressão do bem jurídico.

Cabe, ainda, assentar que não nos parece correta a posição de Miguel BAJO FERNÁNDEZ, segundo a qual a lavagem de dinheiro é inofensiva para todas as facetas da ordem econômica pelo simples fato de fazer incidir tributos sobre o produto criminoso. De fato, assiste razão a PITOMBO quando assevera que a ordem econômica não se confunde com a ordem tributária, motivo pelo qual um eventual e pontual ato benéfico para uma delas pode, sim, encerrar prejuízo para outra⁴²⁹.

Além disso, é válida a crítica de autores como GÓMEZ INIESTA, que assevera – conforme dito em linhas anteriores – que a tributação sobre o lucro “sujo” configuraria apenas um benefício imediato e superficial para a ordem econômica. Em longo prazo, os malefícios causados à livre circulação de bens e à livre concorrência se mostram muito maiores e evidentes.

Por fim, há que se concordar com MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ e DEL CARPIO DELGADO quando afirmam que a ordem econômica, em sentido lato, não pode ser tida como bem jurídico tecnicamente (imediatamente) protegido por crime algum, nem mesmo quando se trate de um crime socioeconômico em sentido estrito⁴³⁰. Dessa forma, a lavagem de dinheiro não agride a ordem econômica como um todo; seu bem jurídico é formado por facetas menores do sistema, principalmente pela licitude do tráfico de bens no mercado.

Conclui-se, pois, que a ocultação de bens configura inegavelmente um delito que atenta contra a ordem socioeconômica (mediatamente), principalmente no que tange ao tráfico lícito de bens no mercado (imediatamente ou, se se preferir, tecnicamente).

Vale frisar que nada do que se disse nessa conclusão parcial contraria as

⁴²⁷ “O crime de branqueamento não é um crime de dano, mas sim um crime *de perigo*, na medida em que pode não haver lesão efectiva do bem jurídico protegido, antes havendo o perigo dessa lesão. Além disso, é um crime de perigo *abstracto*, uma vez que não se exige, caso a caso, a verificação do perigo real para o bem jurídico protegido. Por outro lado, é um crime de *mera actividade* e não de resultado”. CANAS, Vitalino. *Op. cit.* p. 20.

⁴²⁸ *Op. cit.* p. 194-196.

⁴²⁹ Basta, aqui, imaginar uma empresa – ainda que pequena – aberta apenas para praticar o crime do artigo 16 da Lei n. 7.492/86. O bem jurídico deste tipo de crime financeiro (portanto, inegavelmente econômico) será agredido mesmo que todos os tributos incidentes sobre seu lucro sejam tempestivamente pagos. No mesmo sentido, v. PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Op. cit.* p. 91-92.

⁴³⁰ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 65. MARTÍNEZ-BUJÁN-PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial.* p. 499.

premissas colocadas ao final do capítulo primeiro. O bem jurídico de caráter econômico aqui mencionado – como bem salientado por DEL CARPIO DELGADO⁴³¹ – não se distancia dos bens jurídicos individuais; em verdade, tem neles seu referencial último. Não se trata de um interesse em si mesmo encerrado, de um valor institucional (de titularidade estatal), mas sim de um bem jurídico coletivo que agrega interesses individuais: o Direito, conferido a todos os cidadãos, de atuar em um sistema econômico tal como desenhado pela Constituição da República, isto é, marcado pela igualdade, pela licitude dos bens em tráfico, pela livre concorrência e livre iniciativa⁴³².

É com essa ideia em mente que se deve interpretar a incriminação da ocultação de bens.

⁴³¹ “Cuando nos referimos a la *circulación de los bienes en el mercado*, nos estamos refiriendo a un bien jurídico de naturaleza colectiva, tal como lo configura *Bustos Ramírez*, como un bien jurídico macrosocial que está al servicio de los llamados bienes jurídicos individuales y quizás sea este el punto de conexión con la teoría de *Hassemer*, en el sentido de que la razón de existir de los bienes jurídicos colectivos es la protección de intereses individuales, ya que en la configuración de la sociedad moderna todos somos titulares de intereses colectivos al estar inmersos en ese orden socioeconómico”. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 84-85.

⁴³² Nesse sentido, por analogia, vale transcrever as palavras de CERVINI e ADRIASOLA: “... el llamado orden socioeconómico es del interés y está al servicio de todos los ciudadanos, en esto radica su contenido personalista microsial. Así, por ejemplo, la difusión de una noticia falsa, con la intención de alterar los precios de un producto, debe entenderse e interpretarse como una intervención intolerable desde una posición de poder en el funcionamiento del mercado y que, en último término, perjudica a los consumidores. Esse obstáculo, que impide la realización de la libre competencia y entorpece la formación del justo precio, viene en último término, también a afectar el patrimonio del consumidor. La protección de la libre competencia, como factor específico del orden socioeconómico, implica en última instancia, la protección de un bien jurídico macrosocial. La lesión de este bien jurídico macrosocial, en este caso, la libre competencia, produce distorsiones en el funcionamiento del sistema, ya que obstaculiza la libre circulación de las mercancías. Pero esta lesión del bien jurídico macrosocial, en la medida en que está referido al funcionamiento del sistema, en último término también perjudicará al patrimonio de uno de los sujetos de relación económica de mercado. En consecuencia, en la medida en que la lesión del bien jurídico macrosocial implica obstáculos para su desarrollo, hay también una lesión de un bien jurídico microsial que es condición de existencia del orden socioeconómico reconocido por la Constitución de todo estado social democrático de Derecho. Por eso, en la protección de una relación macrosocial, en este caso el libre mercado, se están protegiendo también las condiciones para que pueda desarrollarse una relación microsial que, como se ha dicho, es el patrimonio del consumidor”. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. p. 86-87.

CAPÍTULO 4. A LAVAGEM DE DINHEIRO COMO DELITO SOCIOECONÔMICO DE PERIGO

4.1. Lavagem de dinheiro como delito socioeconômico

Disse-se, no capítulo 1, que o direito penal nuclear, forjado no século XIX, voltava-se à proteção de bens jurídicos eminentemente pessoais. Tal se dava por conta do Estado mínimo e do modelo de Direito individualista e patrimonialista – ainda preocupado em consolidar direitos fundamentais de primeira geração – que marcavam a época. Como bem assevera Fábio André GUARAGNI,

“a experiência política do século XIX vai revelar um estado mínimo, na medida em que garantia a liberdade dos ricos acumularem riquezas e, no contraponto, dos pobres acumularem pobreza. A liberdade de costumes, a liberdade religiosa, a liberdade nas relações mercantis, demarcam o estado minimalizado desta época. Do lema ‘liberdade, igualdade e fraternidade’, implantara-se exclusivamente a ideia de liberdade, a partir do movimento revolucionário francês.

O momento em que o estado se minimaliza e os âmbitos de liberdade são ampliados, numa consagração do modelo contratualista proposto desde o iluminismo, revela uma característica fundamental para entender-se o século XIX: o egocentrismo e o individualismo. Se recuarmos ao modelo de pensamento centrado no ‘cogito, ergo sum’ cartesiano (século XVII), é possível verificar, desde aí, um homem que se basta, que não precisa de ninguém. Existe porque pensa. Para pensar, só precisa de si”.⁴³³

O Direito penal, assim como o Direito civil, se manifestava como

⁴³³ GUARAGNI, Fábio André. *A origem do Direito penal econômico: razões históricas*. p. 146. E continua o mesmo autor: Este traço egoísta vem ‘marcado a ferro’, como impressão profunda no âmago do iluminismo, no qual o homem domina a natureza, através de sua racionalidade, e no seu transporte para a teoria geral do estado – o jusnaturalismo – em que o estado existe para preservar direitos e interesses **do indivíduo**. Vida, liberdade e patrimônio, nestes termos, são a tríade em função da qual o estado existe. O dever estatal é preservá-los. No mais, o estado não deve intervir na vida privada”. Idem. p. 147.

instrumento de garantia dos direitos e liberdades individuais do cidadão frente ao poder Estatal. Dentre esses direitos, a vida, a liberdade e principalmente a propriedade (tão cara à burguesia em ascensão) ocupavam o centro das atenções. Naquele cenário ainda não estavam colocadas as condições necessárias para a mudança de paradigma em que consiste a tutela de interesses supraindividuais em detrimento dos direitos pessoais.

Ainda segundo GUARAGNI, na segunda metade do século XIX notam-se com clareza os efeitos do modelo de Direito oitocentista: a burguesia, cujo patrimônio estava assegurado pelo Estado, apresentava-se já consolidada no controle do poder estatal. Ao mesmo tempo, surgem, conseqüentemente, severas críticas às desigualdades sociais decorrentes do modelo estatal patrimonialista. Da união desses fatores é que se formam os elementos que norteariam o discurso político e jurídico do século XX, segundo o qual o Estado precisaria passar a intervir na economia para evitar o acúmulo de pobreza pelas classes menos abastadas. Forjava-se, assim, a ideologia do Estado social, forte e interventor, em contraposição ao Estado liberal, fraco, mero espectador da vida econômica e do mercado⁴³⁴.

O direito penal econômico, ao menos no ocidente, passa a existir exatamente com a intervenção do Estado na economia, principalmente a partir do período pós-guerra. No início, a “ordem econômica”, na condição de bem jurídico a ser tutelado por essa nova seara jurídica, configurava-se precisamente como a ação estatal no ambiente econômico, ou seja, representava um interesse do próprio Estado – e não dos agentes econômicos particulares. A visão mais ampla e contemporânea do Direito penal econômico, que chega a abarcar neste conceito crimes que podem até mesmo agredir bens jurídicos individuais, ainda não era compatível com aquele contexto. Trata-se de uma construção mais recente.

Um dos primeiros e mais marcantes estudos específicos sobre a nova criminalidade – agora *econômica* – é atribuído ao norte-americano Edwin SUTHERLAND. Com efeito, desde o pensamento deste professor, o Direito penal

⁴³⁴ “O fato é que os estados posteriores à primeira guerra mundial são claros contrapontos ao estado liberal do século XIX. Se este não interveio nos processos econômicos, consagrando a economia de livre-mercado, aqueles fizeram o processo reverso: os estados com governos totalitários de direita intercederam na vida econômica, controlando minuciosamente o ciclo da produção e distribuição de bens e serviços levado a termo na esfera privada, sobretudo para financiamento das máquinas de guerra que – a partir de uma atitude imperialista e preventiva em relação à ‘ameaça comunista’ – emergiram na Europa Ocidental. Os totalitarismos de esquerda assumiram a condição de produtores e distribuidores de bens e serviços, eliminando toda a iniciativa privada, em obediência à cartilha marxista”. Idem. p. 150.

tem voltado especial atenção a uma criminalidade diversa da clássica – cujas causas são geralmente ligadas à pobreza e à desigualdade social. Segundo este autor⁴³⁵, ao contrário do que sempre se havia imaginado, o comportamento criminoso também concerne às classes dominantes, formadas por grandes empresários com significativa influência nos assuntos econômicos que interessam a toda a comunidade. Tais agentes seriam capazes de, por meio da gestão irregular de suas grandes empresas, direcionar o sistema econômico em seu favor, controlar o mercado financeiro, subornar agentes públicos, promover a especulação econômica, etc⁴³⁶.

Para SUTHERLAND, era necessário que o Direito penal passasse a se preocupar com essa nova criminalidade, praticada por pessoas poderosas economicamente (por ele chamada de “*white-collar criminality*”, ou “criminalidade de colarinho branco”), a qual se caracterizava pela organização institucional e profissional, bem como pelos significativos danos que suas atividades são capazes de gerar. Tanto é assim que uma das conclusões de seu artigo “*White-collar Criminality*”, publicado em 1940, dava conta da real necessidade da criação de uma teoria criminal que fosse capaz de explicar e enfrentar tanto a criminalidade dos ricos quanto a dos pobres⁴³⁷.

⁴³⁵ É o que afirma SUTHERLAND logo ao início de seu importante artigo “White-collar Criminality”: “A tese deste artigo é a de que a concepção e as explicações de crime até hoje propostas são incorretas, a de que o crime não está relacionado de perto com a pobreza ou com as condições sociopáticas ou psicopáticas associadas à pobreza, bem como a de que a adequada explicação do comportamento criminoso deve ser dada por linhas diferentes. As explicações convencionais são inválidas porque são baseadas em amostras distorcidas. As amostras são distorcidas porque não se incluem vastas áreas de comportamentos criminosos cometidos fora das classes mais baixas. Uma das áreas negligenciadas é a dos comportamentos criminosos de homens de negócios, a qual será analisada neste artigo”. Tradução livre de: “*The thesis of this paper is that the conception and explanations of crime which have just been described and misleading are incorrect, that crime is in fact not closely correlated with poverty or with the psychopathic and sociopathic conditions associated with poverty, and that the adequate explanation of criminal behavior must proceed along quite different lines. The conventional explanations are invalid principally because they are derived from biased samples. The samples are biased in that they have not included vast areas of criminal behavior of persons not in the lower class. One of this neglected areas is the criminal behavior of business and professional men, which will be analyzed in this paper*”. SUTHERLAND, Edwin. *White-collar Criminality*. p. 02.

⁴³⁶ Idem. p. 2-3. Nesse sentido, explica FRAGOSO que “o conceito revolucionário de Sutherland deu lugar a largo debate e controvérsia, mas a sua vitalidade é extraordinária. O que caracteriza a criminalidade de colarinho branco é o fato de seus autores pertencerem a classe social elevada, atuando no exercício de sua atividade ocupacional (comerciantes e profissionais) e causando um dano extenso e considerável”. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Econômico e Direito Penal dos Negócios*. p. 124.

⁴³⁷ A conclusão de número 04 enuncia: “Uma teoria do comportamento criminoso que explique tanto a criminalidade de colarinho branco quanto a das classes mais baixas”. Tradução livre de: “*A theory of criminal behavior which will explain both white-collar crime and lower class criminality is needed*”. SUTHERLAND, Edwin. *Op. cit.* p. 12.

Desde a década de 1940 a discussão sobre a tutela penal de bens jurídicos supraindividuais de caráter econômico se aprofundou muito, principalmente na Europa. Embora a doutrina reconheça que não se tenha chegado ainda a uma definição precisa do que seja o Direito penal econômico (nem de todos os tipos que devam ser incluídos e excluídos dessa categoria), é correto afirmar que esse ramo jurídico-penal já goza de certa autonomia científica, mesmo que, em alguns casos, para fins meramente didáticos⁴³⁸.

Uma vez definido, no capítulo anterior, o bem jurídico protegido pela incriminação da lavagem de dinheiro, cabe agora enquadrar essa espécie delitiva no gênero dos crimes econômicos de perigo. É assim que se poderá empreender uma melhor interpretação desse tipo penal.

4.1.1. As características e peculiaridades dos crimes econômicos

Para Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴³⁹, o Direito penal econômico não se diferencia substancialmente do Direito penal comum. Trata-se apenas de uma classificação – assim como a dos “crimes sexuais” e dos “crimes contra a administração pública”, por exemplo – fixada tendo em vista a natureza do objeto que se pretende tutelar. É por essa razão que os crimes econômicos precisam ser interpretados, pelo menos em linhas gerais, segundo os mesmos princípios e as mesmas categorias dogmáticas que informam o Direito penal nuclear.

Isso não impede, todavia, que sejam enumeradas peculiaridades ou características que permitam individualizar essa família delitiva a fim de diferenciá-la das demais categorias de crimes, especialmente daquelas do Direito penal clássico.

Há quem diga, a exemplo dos autores que compõem a Escola de Frankfurt⁴⁴⁰ e de Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (mencionados no tópico 1.3.2 do presente trabalho), que as condutas delitivas que integram a criminalidade

⁴³⁸ “El Derecho penal del orden socioeconómico, al que se alude hoy día en la doctrina más moderna e incluso en el Título XIII del actual Código Penal de España, dista mucho de ser un concepto bien claro, concreto y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo. Sin embargo, pese a esas inocultables dificultades, parece necesario dar un contenido a ese mentado orden socioeconómico, ya que existen una serie de delitos, bien tradicionales, bien de nueva creación, que sólo pueden comprenderse desde la perspectiva de su incidencia en un orden socioeconómico superior al puramente individual, de que indudablemente derivan, pero con el que no coinciden exactamente”. CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. p. 95.

⁴³⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 21.

⁴⁴⁰ PRITTWITZ, HASSEMER, NAUCKE, HERZOG, entre outros.

socioeconômica não deveriam ser sancionadas penalmente. Isso porque a previsão desses crimes – que não *agridem* propriamente, mas apenas *colocam em perigo* bens jurídicos de pouca concretude – implicaria o sacrifício de princípios de imputação do Direito penal liberal. Segundo essa parte da doutrina, os ilícitos econômicos deveriam ser deixados a cargo do “Direito de intervenção” ou de um Direito penal de “outra velocidade”, que não impusessem sanções privativas de liberdade.

As construções doutrinárias de Frankfurt e de SILVA SÁNCHEZ são elogiáveis, uma vez que partem da premissa de que garantias penais conquistadas nos últimos séculos devem ser preservadas a qualquer custo. Todavia, é certo que na sociedade globalizada de risco não é possível prescindir do Direito penal para salvaguardar setores tão importantes para o desenvolvimento humano como a ordem econômica e o meio ambiente, ao menos no que tange às condutas mais danosas e socialmente reprováveis.

É assim que há de se concordar com Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴⁴¹, concluindo que o Direito penal econômico goza de legitimidade, desde que as suas categorias objetivas e subjetivas se adaptem aos princípios jurídico-penais nucleares, e desde que não se perca de vista que a única finalidade do Direito penal continua sendo a proteção de bens jurídicos – conforme se concluiu ao final do primeiro capítulo. Mas é claro que, dado o bem jurídico supraindividual que caracteriza essas espécies delitivas, algumas matizações dos princípios clássicos precisam ser feitas para que o Direito penal não se torne absolutamente inócuo neste campo⁴⁴².

Para delinear os contornos básicos dessa categoria de crimes, a doutrina enumera algumas características dos delitos econômicos para além daquelas que já

⁴⁴¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 28-29.

⁴⁴² Corroborando esse entendimento, Juarez Cirino dos SANTOS escreveu, já em 1982, que “a incompatibilidade entre a matéria da proibição do Direito Penal Econômico (caracterizada por decisões coletivas ou impessoais, realizadas no interior ou através das empresas, com resultado de dano social generalizado à vida, à saúde, e ao patrimônio da coletividade e do Estado) e a matéria da proibição do Direito Penal convencional (caracterizada pela psicologia individual, nas dimensões de representação e de vontade, com resultados danosos circunscritos, avaliados com base em uma liberdade pressuposta, fundamentando o poder concreto de agir de outro modo conforme exista ou não a consciência da antijuridicidade, e admitindo escusas absolutórias em situações de inexigibilidade de comportamento diverso) deve ser superada por novos critérios científicos capazes de apreender a especificidade da matéria de proibição daquele. Em outras palavras, o Direito Penal Econômico integra o Direito Penal, mas como um segmento diferenciado, com características próprias, subordinando-se às categorias científicas do Direito Penal, mas exigindo mediações adaptativas dessas categorias à especificidade da natureza econômica (e política) daquele”. SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Econômico*. p. 200.

foram listadas no capítulo primeiro (tópico 1.2.1), como a transnacionalidade e a “invisibilidade”.

A primeira delas diz respeito ao bem jurídico. Considera-se que a afetação, ainda que mediata, de interesses socioeconômicos supraindividuais será o pressuposto imprescindível para que uma figura delitiva entre nessa categoria⁴⁴³.

Daí se retira a distinção entre crime econômico em sentido amplo e em sentido estrito, que será mais bem analisada no tópico seguinte. Por ora, basta dizer que o fato de uma conduta atacar diretamente bens jurídicos coletivos de caráter econômico (a exemplo dos delitos tributários) fará, automaticamente, com que se diga tratar de um crime econômico. Por outro lado, a concepção ampla de delito econômico possibilita afirmar que crimes que atacam bens jurídicos individuais de caráter econômico também possam entrar nesta categoria, desde que mediatemente atinjam bens jurídicos coletivos imprescindíveis para o bom funcionamento da ordem econômica (como, por exemplo, a maior parte dos crimes societários e os crimes contra a propriedade industrial)⁴⁴⁴.

Uma segunda peculiaridade é a de que os crimes econômicos correspondem ao “Direito penal acessório”, e não ao núcleo do Direito criminal⁴⁴⁵. Com isso, os delitos classificáveis nessa categoria pressupõem a existência de um ilícito extrapenal, não raramente previsto expressamente em ordenamentos próprios (de natureza administrativa, civil, tributária, mercantil, laboral, etc.).

É certo que, diante do princípio de *ultima ratio*, todo e qualquer crime

⁴⁴³ Klaus TIEDEMANN propõe, com os olhos postos no bem jurídico de natureza econômica, uma definição bastante abrangente dessa categoria delitiva: “... el concepto de delito económico comprende en primer término las transgresiones en el ámbito del Derecho Administrativo-Económico, o sea contra la actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. Abarca también las infracciones en el campo de los demás bienes jurídicos colectivos o supraindividuales de la vida económica, los cuales, por necesidad conceptual, trascienden los bienes jurídicos individuales. E incluye, finalmente, los delitos patrimoniales clásicos (estafa, extorsión, defraudación, cohecho, etc.) cuando éstos se dirigen contra patrimonios supraindividuales (como en los casos de obtención fraudulenta de subvenciones o créditos estatales) o cuando constituyen abuso de medidas e instrumentos de la vida económica (como en las hipótesis de un cheque en descubierto o un falso balance)”. TIEDEMANN, Klaus. *Poder Económico y Delito*. p. 12.

⁴⁴⁴ Com isso, segundo MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, estão excluídos desta categoria os crimes patrimoniais clássicos que conceitualmente não incorporam de forma indefectível entre seus elementos básicos uma afetação à ordem econômica (ex. apropriação indébita). Da mesma forma, estão excluídas as figuras penais que possuam um conteúdo econômico, mas se orientem à proteção de outros bens jurídicos (ex. crimes cometidos por funcionários públicos contra a administração pública). Assim: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 59-62.

⁴⁴⁵ Idem. p. 62-65.

pressupõe a existência de uma ilicitude de outra ordem⁴⁴⁶. Vale dizer: o ato criminoso configura, sempre, um ato ilícito perante outra seara do Direito⁴⁴⁷. Mas no âmbito econômico isso se torna ainda mais evidente, uma vez que o Direito penal atua, aqui, apenas para reforçar a tutela extrapenal, sancionando os atos mais intoleráveis à atividade econômica.

Como consequência do caráter acessório do Direito penal econômico exsurge uma terceira particularidade: a abundância, na construção dos tipos penais, de elementos normativos e de normas penais em branco que remetem a essa regulamentação exterior ao ordenamento penal⁴⁴⁸.

Uma quarta característica dessa seara delitiva é o fato de, em regra, ser cometida por meio de empresas ou em benefício de um empreendimento empresarial. Os principais crimes econômicos são, salvo exceções, “crimes de empresa”. Essa particularidade implica a necessidade de construções típicas, dogmáticas e doutrinárias – principalmente no âmbito da autoria e da participação – que possibilitem a imputação delitiva levando-se em conta a hierarquização de grupos corporativos. Afinal, nesses casos muito raramente o núcleo do tipo penal será realizado pela pessoa que decidiu pela prática da conduta⁴⁴⁹.

Por fim, a quinta peculiaridade que merece ser mencionada é o fato de o legislador, nesse campo do Direito penal, ter que recorrer, sucessivas vezes, aos delitos de perigo abstrato, inclusive delitos de acumulação – cuja punição não exige a prova de um prejuízo ou de um perigo concreto para a ordem econômica. Nesse aspecto, valem transcrição as palavras de Fábio André GUARAGNI:

⁴⁴⁶ Exceção é feita a três casos excepcionais, enumerados por ZAFFARONI e PIERANGELI: “a omissão de socorro (art. 135 do CP); os maus-tratos a animais (art. 64 da Lei das Contravenções Penais e art. 17 do Decreto 3.179/1999); as tentativas, quando não lesionam”. É por essa razão que esses autores dizem que o Direito penal é *excepcionalmente constitutivo* – no sentido de excepcionalmente criar antijuridicidade própria. Mas, mesmo assim, reconhecem que a antijuridicidade, salvo nessas exceções, provém de outras esferas do Direito. Assim: ZAFFARONI, Eugenio Raul; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro*. p. 97-98.

⁴⁴⁷ “Sería una contradicción axiológica insoportable, y contradiría además la subsidiariedad del Derecho penal como recurso extremo de la política social, que una conducta autorizada en cualquier campo del Derecho no obstante fuera castigada penalmente. En ese aspecto hay que reconocer por consiguiente la tan invocada “unidad del ordenamiento jurídico, que abarca todas las normas vigentes en el territorio federal con independencia del órgano creador de las normas”, exactamente igual que el principio de que las causas de justificación relevantes en Derecho penal proceden de todo el ámbito del ordenamiento jurídico”. ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general*. p. 570.

⁴⁴⁸ Nesse sentido: TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. p. 36.

⁴⁴⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 70. Em sentido contrário, considerando que o “Direito penal de empresa” configura mera espécie do gênero “Direito penal econômico”, vide: CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa desde una visión garantista*. p. 55 e seguintes.

[No direito penal econômico] a teoria do tipo exige revisão, sobretudo no tocante aos critérios de imputação do evento ao agente. Aqui, a característica do direito penal econômico relativa ao emprego de crimes de perigo avulta: afinal, se não é requerido um dano, o dogma do nexo de causalidade como cerne da imputação do fato ao agente se esfumaça. Por outro lado, a teoria do tipo insta revisão relativa à definição do papel do garante, em crimes omissivos impróprios. É que o recurso à noção do garante, como agente a quem incumbe evitar resultados lesivos, é própria de um direito penal atento ao modelo social em que a gestão de riscos encontra-se distribuída entre as pessoas que integram a sociedade. Nestes termos, o direito penal ressalta, através dos tipos penais, os deveres dos garantes, na busca da contenção de riscos necessária à preservação da configuração social.⁴⁵⁰

A utilização das modalidades delitivas de perigo, segundo TIEDEMANN, implica uma considerável extensão da punibilidade, a qual só pode ser tolerada para as mais danosas condutas, ou seja, para aqueles casos em que a abstrata colocação em perigo resultar, por si mesma, merecedora de uma pena criminal⁴⁵¹.

Como se pode notar, a lavagem de dinheiro se enquadra com facilidade na categoria dos crimes econômicos. De acordo com o que se disse no capítulo anterior, trata-se de um delito de perigo abstrato que agride (por acumulação) a ordem econômica – ou pelo menos uma de suas facetas mais relevantes para a economia de mercado, qual seja, a licitude do tráfico de bens. Ademais, a utilização de elementos normativos nas mais variadas legislações nacionais é absolutamente evidente, sendo o mais importante deles aquele que remete ao próprio delito prévio que gera o lucro ocultado.

Por fim, a lavagem de dinheiro, tal como demonstram os tratados internacionais acerca do tema, configura um fenômeno transnacional praticado de forma hierarquizada e empresarial por meio, principalmente, do setor bancário. Tanto é assim que praticamente todos os principais convênios internacionais, mencionados no segundo capítulo do presente estudo, preveem formas de cooperação internacional entre os agentes financeiros para a investigação desse delito. Trata-se, portanto, de um típico “*crime of the powerful*” praticado por meio de empresas, apesar de as Leis nacionais de lavagem de dinheiro não restringirem literalmente sua incidência apenas para casos que envolvam grandes grupos corporativos.

A segunda peculiaridade enumerada nos parágrafos acima (segundo a qual os crimes econômicos pressupõem a realização de um ilícito prévio perante

⁴⁵⁰ GUARAGNI, Fábio André. *A origem do Direito penal econômico: razões históricas*. p. 141.

⁴⁵¹ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. p. 46.

outra área do Direito) também é claramente verificada na dissimulação de bens, mas será mais bem analisada no tópico 4.2.1.

4.1.2. Ocultação de bens como crime econômico em sentido amplo ou estrito

No capítulo 3 deste trabalho (tópico 3.2.4.4) citou-se a diferenciação entre o conceito estrito e o conceito amplo do Direito penal econômico.

De fato, desde o projeto alternativo de Código penal alemão, que procurou, na Alemanha da década de 1970, positivar e sistematizar o Direito penal econômico daquele país, muito se discute sobre quais delitos devem e quais não devem ser inseridos nessa categoria.

Inicialmente, pensou-se ser mais adequado delimitar esse grupo de delitos em torno de um conceito restrito. Seriam delitos econômicos, assim, as infrações que atentassem contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia. O Direito penal econômico em sentido estrito seria, pois, um “Direito penal administrativo econômico”⁴⁵², que atuaria subsidiariamente às normas administrativas que, de forma direta, regem a intervenção do Estado na economia.

Aos poucos, o conceito foi se ampliando, principalmente pela obra de autores como Klaus TIEDEMANN⁴⁵³. Hoje, tem-se que o Direito penal econômico deve abranger também os crimes que vulneram bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, embora não afetem diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, transcendem a dimensão puramente individual. E, mais do que isso, dentro do conceito amplo chega-se a incluir aquelas infrações que, ainda que num primeiro momento afetem bens jurídicos puramente individuais, comportam um abuso de medidas e instrumentos da vida econômica⁴⁵⁴.

⁴⁵² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 34-35.

⁴⁵³ Para TIEDEMANN, os tipos penais do Direito penal econômico “protegen intereses económicos supraindividuales y permanentes, de modo que es esencial atender aquí, para la fijación de conceptos, al objeto del delito económico: el orden de la economía instituido y dirigido por el Estado, es decir, la economía nacional en su totalidad y en sus diferentes sectores. Aquí pasa al primer plano el interés supraindividual (social)”. TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito*. p. 15.

⁴⁵⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 35-36. Sobre o conceito amplo de Direito penal econômico, assim se manifesta BALCARCE: “Quienes pretenden fundamentar en esta visión el DPE afirman que, si bien el derecho penal, como *ultima ratio* del orden jurídico, ha tutelado primariamente los bienes tenidos por básicos y esenciales por la sociedad (vida, libertad, honor, etcétera), en la actualidad han adquirido relevancia los llamados bienes jurídicos colectivos o supraindividuales, que no están en cabeza de un sujeto particular sino diseminados entre

Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, levando em consideração a diferenciação entre delitos econômicos em sentido amplo e estrito, explica que nos crimes econômicos em sentido amplo a ordem econômica nunca poderá constituir o bem jurídico diretamente – ou “tecnicamente” – tutelado pela norma penal, no sentido de que sua vulneração (lesão ou colocação em perigo) seja considerada implicitamente incorporada ao tipo de injusto, com as consequências dogmáticas daí decorrentes⁴⁵⁵. Nesses casos a ordem econômica configurará apenas o bem jurídico mediato e genérico visado pela norma (constituindo parte de sua *ratio legis*⁴⁵⁶), que atuará sempre ao lado do bem jurídico em sentido técnico. Este último, de maior concretude, poderá inclusive ostentar caráter patrimonial individual, ainda que não raramente tenha natureza supraindividual.

Já em relação aos delitos econômicos em sentido estrito, o mesmo professor espanhol se utiliza da construção teórica de ROXIN, TIEDEMANN e JAKOBS (autores que remetem a bens jurídicos “intermediários espiritualizados” ou com “função representativa”) para concluir que também nesses casos a ordem econômica não configura o interesse diretamente tutelado pela norma. Nessas espécies delitivas, a periculosidade abstrata da conduta típica para o bem jurídico maior e mais abstrato reside precisamente na lesão (ou colocação em perigo) reiterada e generalizada de um bem jurídico com função representativa – que no âmbito econômico consiste em uma esfera mais reduzida e setORIZADA da economia global⁴⁵⁷.

É assim que MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ conclui que *“nos delitos económicos em sentido amplo a orden económica nunca aparecerá como bem jurídico em sentido técnico; por outra parte, também há que se chegar, em rigor, à mesma conclusió no caso dos delitos económicos em sentido estrito”*⁴⁵⁸.

los miembros de una comunidad; que pertenecen por igual a todos los sujetos o un número importante de ellos, de tal manera que la satisfacción o la lesión de la parte de interes que corresponde a cada uno de ellos, se extiende a todos los demás integrantes del grupo o comunidad”. BALCARCE, Fabián I. *Derecho Penal Económico*. p. 29.

⁴⁵⁵ A principal das consequências dogmáticas é, por certo, o fato de que a agressão à economia não precisa integrar o dolo do agente para que se complete o tipo subjetivo. Nesse sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico*. Parte general. p. 97.

⁴⁵⁶ Em verdade, em última instância a ordem econômica configurará o conceito que demarcará a última instância à qual remetem todos os delitos econômicos.

⁴⁵⁷ Assim como acontece nos delitos econômicos em sentido amplo, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ conclui que também nos crimes econômicos em sentido estrito “el menoscabo del bien jurídico mediato o representado no posee relevancia directa alguna ni en el tipo objetivo, ni en el subjetivo”. *Idem*. p. 99.

⁴⁵⁸ *Idem*. p. 100.

Sendo assim, percebe-se que o bem jurídico imediatamente protegido pelos delitos econômicos não será necessariamente o mesmo em todos os casos, ainda que uma das características essenciais dessas espécies delitivas seja o fato de, ao menos de forma mediata, todos ostentarem um bem jurídico economicamente relevante em nível supraindividual⁴⁵⁹.

Alertando para o fato de que a distinção ostenta um caráter muito mais didático do que substancial – não obedecendo, assim, a rígidos padrões dogmáticos –, Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ⁴⁶⁰ propõe sua classificação. Segundo este doutrinador, configurariam crimes econômicos em sentido estrito (ou seja, crimes que afetam a intervenção do Estado na atividade econômica) os delitos contra a fazenda pública e a seguridade social, o contrabando, os crimes monetários, a *lavagem de dinheiro*, a obstaculização à atuação inspetora ou supervisora da administração (art. 294 do Código Penal espanhol), bem como os delitos contra a liberdade de concorrência e o livre mercado. Em sentido amplo estariam os delitos de conteúdo econômico cujo bem jurídico seja supraindividual (contra os consumidores, principalmente), os delitos contra os direitos dos trabalhadores, as infrações contra a propriedade industrial, os crimes societários e de concorrência desleal.

Todavia, parece difícil concordar com o professor espanhol quando sustenta ser a lavagem de dinheiro uma modalidade de delito socioeconômico em sentido estrito.

Como bem salienta Caty VIDALES RODRIGUEZ⁴⁶¹, a ocultação de bens dificilmente afetará a intervenção do Estado na macroeconomia de forma direta. Seu efeito imediato é outro: dados os meios pelos quais é praticada (a evasão de divisas, a criação de sociedades fictícias, a falsificação de balanços de empresas, a utilização de interpostas pessoas físicas e jurídicas no registro de bens móveis e imóveis, etc.), a lavagem de dinheiro agride a licitude do tráfico de bens, diminuindo

⁴⁵⁹ “El principal problema que plantea la adopción de un concepto tan amplio [de crime econômico] – además de que se dificulta en gran medida la distinción entre delitos patrimoniales y delitos socioeconómicos, ya que esta distinción venía haciéndose atendiendo a la titularidad, individual o colectiva, de los bienes – es la imposibilidad de señalar un bien jurídico unitario como objeto de protección. Inconveniente que soslaya RODRIGUEZ MOURULLO afirmando que ‘tal epígrafe no expresa un bien jurídico, sino que es una pura categoría sistemática de referencia’; en cuyo caso sería necesario analizar los tipos penales en concreto a fin de determinar cuál es el interés protegido en cada figura delictiva”. VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 88-89.

⁴⁶⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte General. p. 71-82.

⁴⁶¹ *Op. cit.* p. 90-93.

a transparência do sistema financeiro e acarretando o descrédito do sistema bancário. Somente de maneira mediata é que a intervenção do Estado na economia pode ser por afetada pelo crime em análise – o que se verificaria, por exemplo, na hipótese de o Estado vir a empreender alguma política pública de caráter econômico levando em conta, de forma determinante, dados falseados pelo branqueamento de capitais.

É certamente com base nessa ideia que se pode mais bem analisar o delito em estudo.

4.2. Considerações sobre a autoria e a tipicidade objetiva da ocultação de bens como delito socioeconômico de perigo por acumulação

4.2.1. O risco permitido em casos de lavagem de dinheiro

No início deste capítulo foi dito que uma das características do Direito penal econômico é a acessoriedade em relação a outros ramos jurídicos. A norma incriminadora, nesse âmbito, presta-se a reforçar a proteção de interesses diretamente protegidos por regramentos administrativos ou civis, de modo que a conduta delitiva pressupõe o desrespeito a uma normativa específica de outra natureza.

Os exemplos mais claros são aqueles que remetem aos crimes tributários e financeiros. Os tipos penais previstos nas Leis 8.137/90 e 7.492/86 pressupõem que as regras administrativas da Receita Federal e do Banco Central que disciplinam a tributação e o bom funcionamento do sistema financeiro tenham sido transgredidas. Somente nessas hipóteses é que se poderá cogitar do cometimento de algum ilícito penal contra a ordem tributária ou contra o sistema financeiro nacional, pois não se pode aceitar, diante do princípio da *ultima ratio*, que a conduta respeite toda a regulamentação administrativa e, ao mesmo tempo, configure um ilícito perante o Direito penal⁴⁶².

⁴⁶² Apenas para exemplificar, é o que se tem em relação ao crime de evasão de divisas na modalidade “manter depósitos no exterior sem declarar às autoridades competentes”, do artigo 22, parágrafo único, parte final, da Lei n. 7.492/86. Uma vez que as Circulares do Banco Central têm exigido, há anos, que os cidadãos Brasileiros declarem apenas ativos depositados no exterior ao final do ano-calendário (31 de dezembro), o Tribunal Regional Federal da 4ª Região tem entendido que o depósito em períodos que não compreendam essa data acaba por se mostrar atípico, ainda que afirmando corretamente que o ordenamento precisa ser aprimorado. Nesse sentido: “Para

A análise da lavagem de dinheiro também precisa tangenciar essa questão, ainda que em linhas gerais.

Em primeiro lugar, cumpre salientar que a atividade econômica é, por natureza, uma atividade de risco, pois as consequências da conduta de um agente econômico, ainda mais na sociedade globalizada de risco, repercute em uma quantidade muito grande e não definível de outros agentes. Por essa razão, as diferentes manifestações da vida econômica são objeto de regramentos administrativos específicos – assim como o trânsito de veículos, por exemplo. No âmbito dessas atividades socialmente perigosas, a estipulação do risco permitido advém naturalmente de uma ponderação de interesses realizada pelo legislador e, também, pelo próprio aplicador da norma penal. Por um lado, há que se levar em conta o valor do bem jurídico em questão, o grau de perigo a que se expõe em determinadas situações e as formas de controle dos riscos; de outro, a relevância do interesse social da conduta perigosa e os benefícios que esta possa proporcionar. No capó dos crimes econômicos, a ponderação se dará entre a ação socialmente perigosa para um bem socioeconômico e o interesse coletivo no bom desenvolvimento econômico do país⁴⁶³.

A ponderação de interesses é imprescindível em qualquer ramo de atividades que impliquem riscos sociais, afinal, a proibição de todas as ações socialmente perigosas fatalmente paralisaria a vida em sociedade, acarretando um custo desproporcional.

Dessa forma, cabe ao Direito penal perseguir, dentre todas as ações economicamente perigosas, apenas aquelas que transbordem o limite do risco juridicamente (e socialmente) tolerado, ou, em outras palavras, aquelas condutas que estejam fora do âmbito do risco permitido⁴⁶⁴.

configuração do delito de "manutenção de depósito no exterior" mostra-se imprescindível, segundo o atual regramento, a posição que a pessoa física detinha em 31 de dezembro do ano de referência. Se o paciente manteve depósito durante o ano mas ao seu final efetuou saque e deixou a conta "zerada" ou o saldo remanescente é inferior ao valor obrigatório de declaração, não há ilícito". Brasil, Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Oitava Turma, Habeas corpus 2006.04.00.013111-0, Relator Desembargador Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, Publicado em 23/08/2006.

⁴⁶³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte general. p. 137.

⁴⁶⁴ O risco permitido pode ser definido como a "institución dogmática que posibilita reputar conforme a Derecho acciones que comportan un peligro de lesión para bienes jurídicos siempre que el nivel del riesgo se mantenga dentro de unos límites razonables y el agente haya adoptado las medidas de precaución y de control impuestas precisamente para dismunuir el peligro de aparición de dichos resultados lesivos (...). El riesgo permitido ha de tener una amplia operatividad en la esfera del Derecho penal económico, desde el momento en que en un modelo de economía de mercado resulta consustancial al adecuado funcionamiento del sistema económico la realización de actividades

Esse conceito (o risco permitido), central para a teoria da imputação objetiva “do resultado”, utilizado principalmente para solucionar casos de delitos de lesão do Direito penal clássico, mostra-se útil também nos crimes de perigo do Direito penal econômico. Isso, é claro, desde que no termo “resultado” incluam-se, nas palavras de Paulo César BUSATO, “resultados meramente jurídicos”⁴⁶⁵ (mesmo na ausência de um resultado naturalístico, o que se verifica, por exemplo, nos delitos tentados), e se considerem quaisquer afetações ao bem jurídico – ainda que a simples colocação deste em perigo⁴⁶⁶.

Em regra, atividades relevantes para a vida em sociedade que, por definição, impliquem riscos à coletividade são regulamentadas por regramentos próprios. Isso, por óbvio, facilita o delineamento dos contornos do risco permitido, fazendo com que, a partir da transgressão das regras extrapenais, passe a existir a possibilidade de se completar o tipo objetivo da norma incriminadora. Diz-se mera “possibilidade” porque haverá, claramente, situações ilícitas perante o Direito civil ou administrativo que não necessariamente se enquadrem como típicas para o Direito penal. As condutas, nesse campo, portanto, se classificam em três categorias: (1) as totalmente lícitas, (2) ilícitas apenas perante o Direito civil ou administrativo, e por fim, (3) aquelas que ostentam a tipicidade objetiva perante as normas de Direito penal⁴⁶⁷.

Assim é que, do ponto de vista dos profissionais que geralmente são apontados como interventores em operações de ocultação de bens – notários,

peligrosas para bienes jurídicos. los beneficios que estas actividades pueden reportar para la sociedad hacen que, si se mantienen dentro de determinados límites y si se respetan las susodichas medidas de precaución y de control, el Derecho las considere legítimas”. Idem. p. 135-136.

⁴⁶⁵ “(...) o resultado jurídico sempre existe como um dos pólos de desvalorização do ilícito. A imputação refere-se, pois, a atribuir a alguém algo em função do que esta pessoa tenha realizado. Ora, o que ela realizou se resume ao desvalor da ação e o que se lhe atribui é o desvalor do resultado. Ao partir, como parece correto, da existência de um resultado jurídico em todos os delitos, ainda que ausente o resultado naturalístico, é necessário reconhecer que sempre haverá o que se possa imputar a alguém como seu: um resultado jurídico. A imputação se refere, portanto, a um resultado jurídico e não à realização de um risco não permitido, embora seja certo que o reconhecimento da existência do primeiro dependa do segundo. A imputação objetiva não se aplica, pois, somente aos delitos de resultado naturalístico, mas sim aos de resultado jurídico, vale dizer, a todos os delitos”. BUSATO, Paulo César. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*. p. 128.

⁴⁶⁶ “Nos demais crimes, onde o resultado exterior não se distancia da ação do autor, a imputação objetiva estaria mais vinculada ao exame da ação no tipo da parte especial, onde se esgotaria. Ocorre, porém, que, não se tratando de uma instrumentalização pura e simples da análise da causalidade, e seu nexos com a ação, é possível a aplicação dos elementos que compõem a teoria da imputação objetiva naqueles crimes em que o resultado não se concretiza de forma material no mundo exterior, mas são reflexo de uma ação de conteúdo jurídico-penal”. CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação Objetiva e Direito penal Brasileiro*. p. 190. Da mesma forma: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 222.

⁴⁶⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte general. p. 137.

empresários que comercializam bens de luxo, advogados e, principalmente, agentes do sistema bancário –, o limite do risco permitido será dado pelas determinações gerais da Lei 9.613/98 (artigos 9º a 13), pelos regramentos administrativos próprios de cada atividade e, logicamente, pelo ordenamento jurídico em geral. Por mais danosa que seja a conduta específica, caso esta possa ser considerada tolerada por alguma regra extrapenal, automaticamente afastada será a incidência dos tipos penais da Lei de lavagem de capitais.

Mas é claro que a lavagem de dinheiro pode também ser praticada mediante atividades que não possuam um regramento próprio de natureza extrapenal. Nesses casos, caberá ao julgador⁴⁶⁸, de acordo com dados empíricos⁴⁶⁹ e de posse dos subterfúgios criados pela dogmática penal (principalmente os elementos utilizados na análise de crimes imprudentes, tais como a figura do “homem prudente”, o dever geral de abstenção de ações socialmente perigosas fora dos limites permitidos, o binômio utilidade/risco na avaliação de ações perigosas e o princípio da confiança)⁴⁷⁰, realizar a mencionada ponderação inerente a qualquer situação que envolva riscos.

⁴⁶⁸ “A legislação penal atual remete, muitas vezes, ao Direito administrativo a competência para regulamentar o risco permitido, delegando a este âmbito de controle de atividades a definição dos aspectos elementares da conduta penalmente relevante. No entanto, caberá, em última instância, à própria autoridade judicial, a avaliação da extrapolação ou não do risco permitido no caso concreto, diante da construção argumentativa das partes intervenientes no processo judicial. O juiz, nestes casos, será o gestor de riscos final, que fixa o grau máximo de periculosidade tolerável em nome da comunidade. E, como em toda atividade de gestão de riscos, deverá analisar o risco produzido pela conduta (criação do risco) e avaliar axiológica e normativamente sua permissibilidade diante do contexto comunicativo da sociedade”. BOTTINI, Pierpolo Cruz. *Crimes de perigo abstrato*. p. 239. No mesmo sentido: “... corresponderá en última instancia al juez, a la vista de la figura delictiva de que se trate y de la concreta actividad del sujeto, delimitar los márgenes del riesgo permitido. Como queda dicho, para la realización de dicha tarea el juez deberá llevar a cabo en todo caso una ponderación de intereses, incluso en el supuesto de que en el sector de la actividad peligrosa enjuiciada existan ‘Códigos de conducta’ perfectamente definidos. Por tanto, tales Códigos podrán ser de extraordinaria utilidad para que el órgano judicial realice la aludida ponderación de intereses, mas éste se halla obligado a exponer los términos de la comparación”. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte general. p. 140.

⁴⁶⁹ “A controvérsia a respeito da legitimidade ou não dos delitos de perigo abstrato, que hoje ocupa o centro das discussões fundamentais do Direito penal (...), não pode ser decidida no sentido de uma aceitação ou negação em bloco, mas unicamente através de investigações, análises e valorações político-criminais dos perigos decorrentes de determinado comportamento para um bem jurídico concreto. Este procedimento vale não só para a apreciação político-jurídica de normas já existentes, ou para fundamentar exigências a serem feitas *de lege ferenda*, mas também para os espaços interpretativos do Direito vigente. Aqui as ciências empíricas são necessárias mesmo para o trabalho dogmático. O mesmo vale para o conceito de risco permitido: onde ele não estiver fixado legalmente, o juízo jurídico não poderá ser formulado sem levar em conta investigações empíricas. (...) Assim, tanto a política social como alguns dados de realidade introduzem-se, através do princípio sistemático do risco, de modo imediato na interpretação das ações típicas”. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito penal*. p. 81.

⁴⁷⁰ Nesse sentido: SANTOS, Juarez Cirino dos. *A moderna teoria do fato punível*. p. 88-96.

Poder-se-ia pensar que tal solução, em verdade, não seria solução alguma, pois deixaria a cargo do intérprete e aplicador da norma delimitar os contornos da ação típica. De certa forma, não seria absolutamente errôneo afirmar isso.

Todavia, é certo que o Direito penal tem se voltado para soluções pontuais, que levam em conta grupos de casos e os dados empíricos de cada caso concreto. A teoria da imputação objetiva reconhece que não dispõe de conceitos absolutamente fechados e determinados⁴⁷¹, mas talvez seja esse o preço que se deva pagar para que a dogmática, superando a conceituação meramente ontológica do finalismo, se aproxime da realidade do problema concreto por meio de um sistema aberto, teleológico, indutivo, e, por meio desses expedientes, alcance soluções práticas mais justas⁴⁷².

Já do ponto de vista de outros interessados na ocultação de bens originados de práticas delitivas – o próprio autor do crime antecedente, por exemplo – a tipicidade também dependerá de condutas que de alguma forma transgridam normas extrapenais. Assim como dito no início do capítulo 3, a lavagem de dinheiro não se confunde com atos neutros, lícitos, como guardar o dinheiro sujo em casa, depositar valores na própria conta do criminoso, utilizar o produto do crime para pagar contas pessoais ou para comprar bens em nome próprio. Tudo isso, por óbvio, configura mero exaurimento do crime prévio. A toda evidência, trata-se de atos que não devem ser punidos, pois não encerram nenhuma ilicitude, nem para o Direito

⁴⁷¹ “Um problema óbvio que a teoria da imputação representa, especialmente para nós, que a estamos recepcionando agora, após 30 anos de discussões, é o uso de conceitos pouco determinados. Temos de ter especial cuidado com dois deles: o risco juridicamente desaprovado/permitido, e o fim de proteção da norma. É completamente errôneo utilizar tais critérios como fórmulas mágicas, para legitimar qualquer decisão e contornar o dever de fundamentá-la de modo racional. Um risco não é juridicamente aprovado ou desaprovado, e ponto final; ele é aprovado ou desaprovado em relação a certo bem jurídico, em virtude de uma ponderação de interesses que leva em conta determinados pontos de vista (normas jurídicas e técnicas, figura do homem prudente, princípio da confiança), todos os quais devem ser explicitados e fundamentados por aquele que deseja aplicar o *topos* indeterminado”. GRECO, Luís. Introdução. In: ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito penal*. p. 165.

⁴⁷² “(...) pode-se afirmar que a virada do finalismo para os dados ontológicos levou a desenvolvimentos em parte corretos, em parte errôneos – juízo esse que corresponde à posição atualmente dominante. Minha própria concepção metodológica é diversa e explica o porquê de eu assim avaliar o finalismo. Parto da idéia de que todas as categorias do sistema do Direito penal se baseiam em princípios reitores normativos político-criminais, que, entretanto, não contêm ainda a solução para os problemas concretos; estes princípios serão, porém, aplicados à ‘matéria jurídica’, aos dados empíricos, e com isso chegarão a conclusões diferentes e adequadas à realidade. À luz de tal procedimento – de uma perspectiva político-criminal –, uma estrutura ontológica como a da ação finalista parece em parte relevante, em parte irrelevante e em parte necessitada de complementação por outros dados empíricos”. ROXIN, Claus. *Estudos de Direito penal*. p. 61.

penal, nem para qualquer outra seara jurídica, pois não agredem nenhum bem jurídico específico.

A ocultação punível, para esses autores, inicia-se, portanto, exatamente com o empreendimento de fraudes ou ardis (por exemplo, a evasão de divisas e a falsidade ideológica de documentos como o registro de imóveis, contratos sociais de empresas fictícias ou balanços contábeis, dentre outros) que, além de naturalmente ilícitos (não só para o Direito penal), despertem o início de uma agressão ao bem jurídico próprio do crime de branqueamento, nos moldes do que restou dito ao fim do capítulo 3.

4.2.2. Primeira consequência da escolha do bem jurídico socioeconômico: a penalização, pela ocultação, daquele que interveio no crime prévio

Conforme dito no capítulo 3, a controvérsia acerca da natureza do bem jurídico tutelado pelos tipos penais de lavagem de dinheiro acarreta importantes consequências práticas. Uma das principais diz respeito à imposição (ou não) de pena àquele que pratica o crime antecedente como autor ou partícipe e, uma vez auferido o lucro ilícito, age de modo a preencher uma das condutas puníveis da Lei 9.613/98.

A Lei brasileira de lavagem silencia sobre o assunto. Ao mesmo tempo em que não diz expressamente que essa punição é devida, não exclui do apenamento pela ocultação de bens aqueles agentes que geraram o lucro sujo com o cometimento do crime antecedente. Fica, assim, à doutrina e à jurisprudência solucionar a questão.

O centro dessa discussão está exatamente na questão do bem jurídico.

Para aqueles autores, citados no capítulo anterior, que acreditam que a lavagem de dinheiro agride o mesmo bem jurídico do delito antecedente ou a administração da justiça, o autor ou partícipe do crime prévio não poderá ser apenado pelo crime consequente⁴⁷³. Afinal, nesses casos a ocultação contribuiria apenas para a manutenção da situação antijurídica criada pelo crime precedente (tal qual a receptação), ou então não passaria de uma espécie de favorecimento real (ou

⁴⁷³ Nesse sentido, Rodolfo Tigre MAIA, Roberto PODVAL, Pilar GOMEZ PAVÓN, Jorge Alexandre Fernandes GODINHO, Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, Ramon RAGUÉS I VALLÉS, entre outros.

encobrimento, na Espanha), cuja pena, por determinação legal, não atinge os autores e partícipes dos delitos geradores de lucro ilícito⁴⁷⁴.

A punição pelo crime consequente, em concurso com o crime prévio, só terá incidência para aquela parte (dominante) da doutrina que vê na ordem socioeconômica, como um todo ou em algumas de suas facetas, o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em análise.

A única autora que defende o caráter socioeconômico da lavagem de bens e, ao mesmo tempo, assevera não poder haver concurso de crimes com o delito prévio, parece ser Caty VIDALES RODRIGUEZ. Como visto no capítulo anterior, essa autora defende ser a lavagem de bens um delito pluriofensivo que ofende a administração da justiça e a ordem econômica. Entretanto, assevera que o autor do crime antecedente não deve ser apenado pelo delito posterior por ausência de culpabilidade, em vista da inexigibilidade de comportamento diverso⁴⁷⁵. Segundo esse entendimento, não se poderia exigir do autor do delito prévio conduta diferente daquela de proteger o produto ilícito, inclusive à luz do direito de não se incriminar perante os órgãos repressivos do Estado.

Assim, o autor do crime prévio só seria apenado duplamente se, no desiderato de esconder o lucro ilegal, utilizasse de *meios* que fossem criminosos em si mesmos – a evasão de divisas ou a falsidade documental, por exemplo. Nessas hipóteses haveria concurso de crimes entre o delito prévio e a evasão, ou entre o delito prévio e a falsidade⁴⁷⁶, mas não entre o crime precedente e a lavagem de dinheiro.

Apesar da argumentação de VIDALES RODRIGUEZ, sua conclusão, em nosso entender, apenas reforça o entendimento da doutrina majoritária, que opina pelo concurso delitivo entre o crime prévio e a lavagem de dinheiro quando o mesmo agente participa de ambos. Afinal, sua fundamentação faz crer que a dupla punição – quando diversos os bens jurídicos dos dois crimes sucessivos – é devida.

⁴⁷⁴ É a posição, por todos, de MOLINA FERNÁNDEZ: “Ciertamente, la tendencia en el derecho comparado es castigar también el llamado autoblanqueo, pero si se acepta la caracterización del bien jurídico que aquí se ha formulado, ello conculca principios básicos del derecho penal que deberían ser siempre respetados. La pena del delito base del que procede el blanqueo o en el que se invierte el dinero blanqueado capta por completo el contenido de desvalor del hecho sin que se le deba añadir una nueva pena por algo que en sí es impune como es autoencubrirse o preparar un delito propio haciendo acopio de medios económicos para cometerlo”. MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op cit.* p. 122-123.

⁴⁷⁵ VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Op. cit.* p. 111-113.

⁴⁷⁶ Afinal, nesses casos dois bens jurídicos diversos teriam sido afetados.

Restaria, apenas, decidir qual crime posterior punir (se a lavagem ou o delito eleito pelo agente como meio para ocultar o lucro ilícito), tarefa que, à luz do princípio da especialidade e da própria consunção – é mais bem resolvida em favor da lavagem de dinheiro.

Ademais, Juana DEL CARPIO DELGADO nega que o princípio da consunção ou o argumento da inexigibilidade de comportamento diverso (baseada no direito de não se incriminar perante o Estado) possam beneficiar o autor dos dois delitos para que só se imponha pena pelo crime precedente. A professora espanhola assevera que a atuação típica (prevista em Lei como crime independente) de um agente no intuito de se aproveitar dos efeitos de seu delito prévio só resulta impune quando não se lesione, com a conduta posterior, outro bem jurídico. Citando as regras que disciplinam o concurso de crimes, DEL CARPIO DELGADO afirma que o interveniente no crime prévio só restaria impune pela lavagem de dinheiro (tanto à luz da consunção quanto à luz do direito de não se incriminar) caso essa última infração se incluísse “*numa mesma linha de progressão no ataque a um mesmo bem jurídico*”⁴⁷⁷.

Por considerar que a lavagem de dinheiro ostenta um bem jurídico próprio e independente daquele agredido pelo crime anterior (como visto no capítulo 3, tratar-se-ia do tráfico lícito de bens na economia), essa doutrinadora conclui que a ocultação de bens não se insere na linha de agressão iniciada pelo crime precedente, mas desperta o ataque a um novo bem jurídico, razão pela qual não se podem aplicar as regras que disciplinam casos de fatos posteriores impunes por meio da consunção. Para ela, entre os delitos (prévio e consequente) não se dá um concurso de leis a ser resolvido pela consunção ou pelo Direito de não se incriminar, mas, pelo contrário, um típico concurso material de delitos⁴⁷⁸.

A essa linha de pensamento adere o professor Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. Para esse doutrinador, o autor ou partícipe do delito prévio deverá

⁴⁷⁷ Somente nesses casos é que se pode entender que “las posteriores conductas que realiza el sujeto activo del delito previo para aprovecharse de sus efectos quedan consumidas por este, es decir, que en la pena del delito previo se incluye el castigo por las posteriores conductas aprovechadoras”. DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op cit.* p. 235.

⁴⁷⁸ Idem. p. 236. Esse é, também, o entender de PITOMBO, que assevera ser a ordem econômica o bem jurídico tutelado pelo tipo penal em questão justamente porque, caso a ocultação de bens agredisse a administração da justiça ou o mesmo bem jurídico do delito prévio, não seria possível aplicar a pena do crime posterior ao autor ou partícipe do crime que gerou o lucro ilícito – o que seria criticável em sua opinião. Nesse sentido: PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro.* p. 75.

responder pelo crime de ocultação, em concurso material, precisamente pelo fato de a lavagem “*dever ser concebida também como um delito socioeconômico*”⁴⁷⁹.

É interessante notar que MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, tal como exposto no capítulo anterior, assevera ser a lavagem de dinheiro um crime pluriofensivo que agride a administração da justiça e a ordem socioeconômica (em sua faceta referente à licitude do tráfico de bens). É precisamente a pluriofensividade que lhe permite afirmar pela presença do concurso entre delitos aqui mencionado – ao contrário de VIDALES RODRIGUEZ.

No mesmo sentido é a doutrina de André Luís CALLEGARI, cujas palavras valem a transcrição:

“Não é possível a aplicação do princípio da consunção ao delito de lavagem, porque para que ocorra um fato posterior impune é necessário que o fato posterior praticado pelo sujeito não lese um bem distinto ao vulnerado pelo delito anterior, isto é, a conduta do sujeito ativo deve lesionar um mesmo bem jurídico. Assim, os tipos penais prévios previstos na Lei de Lavagem de capitais teriam que já incluir o desvalor da própria lavagem. Mas, isso não ocorre, pois **não há identidade de bem jurídico protegido entre os delitos prévios e o posterior delito de lavagem**, uma vez que o delito de lavagem é uma figura autônoma que tem seu próprio bem jurídico, o que permite diferenciar com exatidão este delito com relação aos delitos prévios. Deste modo, a conduta de lavagem de capitais do sujeito que também tenha participado do delito prévio lesiona um novo bem jurídico, permitindo a apreciação de uma nova inflação, independente da que se realizou previamente. Portanto, pode-se concluir que não tem aplicação o princípio da consunção nos casos em que o sujeito ativo do delito de lavagem também tenha participado no delito prévio, porque não se cumpre a exigência de que os delitos anteriores já abarquem o desvalor da conduta posterior (...) ou que o autor não lesione nenhum bem jurídico novo, é dizer, que o bem jurídico lesionado pelo fato prévio e posterior coincidam”⁴⁸⁰.

Esse é o entendimento que tem adotado, no Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, sob argumentação que leva em conta precipuamente (1) a previsão da lavagem como delito antecedente – o que denotaria a intenção do legislador no concurso da ocultação com o crime prévio – e (2) a diversidade de bens jurídicos tutelados pela lavagem e pelos delitos enumerados nos incisos do artigo 1º da Lei n. 9.613/98⁴⁸¹.

⁴⁷⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho penal económico y de la empresa*. Parte especial. p. 511.

⁴⁸⁰ CALLEGARI, André Luís. *Problemas pontuais da Lei de lavagem de dinheiro*. p. 195.

⁴⁸¹ “Também não prospera a assertiva de que o autor do crime antecedente não poderá responder pela lavagem de dinheiro, uma vez que não foi essa a opção do legislador Brasileiro (...), havendo, na hipótese, concurso de crimes, dada à (sic) diversidade dos bens jurídicos atingidos e à (sic) autonomia do crime de lavagem de dinheiro”. Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Corte Especial, Ação Penal n. 458/SP, Relator para o acórdão Ministro Gilson Dipp, julgamento em 16/09/2009, publicado em 18/12/2009. No mesmo sentido: “A lavagem de dinheiro pressupõe a ocorrência de

Foi essa linha doutrinária, inclusive, que motivou a sentença e a decisão em segundo grau de jurisdição de um rumoroso caso penal no Brasil: o furto – e a consequente ocultação – de mais de R\$ 160 milhões, em espécie, do cofre do Banco Central em Fortaleza/CE.

Uma vez realizada a subtração – que só foi considerada como antecedente da lavagem de bens porque teria sido praticada por organização criminosa (artigo 1º, inciso VII, da Lei n. 9.613/98) – o valor teria sido objeto de sucessivas operações bancárias e de compra e venda de bens luxuosos (principalmente carros importados) em nome de terceiros, tudo no intuito de dissimular a sua origem ilícita. No caso, os ladrões do dinheiro foram condenados em segunda instância, pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região, tanto pelo crime prévio quanto pela ocultação de bens, dada a autonomia do bem jurídico ostantado pelo tipo penal consequente⁴⁸².

Por fim, vale citar que outras razões – a princípio alheias à questão do bem jurídico – fundamentam a punibilidade do autor do crime antecedente quando pratica a ocultação nos moldes legais.

A primeira remete à política criminal: não faria sentido punir o agente apenas pelo crime precedente se, por meio da lavagem de dinheiro, este vem a conseguir o benefício de gozar do lucro sujo e, ao mesmo tempo, conseguir sua impunidade pelo crime que gerou o bem ilícito⁴⁸³.

A segunda é de ordem dogmática: segundo Juana DEL CARPIO

delito anterior, sendo próprio do delito que esteja consubstanciado em atos que garantam ou levem ao proveito do resultado do crime anterior, mas recebam punição autônoma. Conforme a opção do legislador Brasileiro, pode o autor do crime antecedente responder por lavagem de dinheiro, dada à (sic) diversidade dos bens jurídicos atingidos e à (sic) autonomia deste delito”. Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Quinta Turma, Recurso Especial n. 1234097/PR, Relator Ministro Gilson Dipp, julgamento em 03/11/2011, publicado em 17/11/2011.

⁴⁸² A fundamentação do órgão julgador de segunda instância conteve o seguinte trecho: “A receptação visa, portanto, assegurar a manutenção e a consolidação de bens advindos de crime contra o patrimônio praticado por terceiro, admitindo-se, ainda, que o crime antecedente atinja outros bens jurídicos, a exemplo do descaminho ou do peculato, desde que o seu produto seja coisa passível de valoração econômica, mas sempre ligada à ideia de patrimônio, público ou particular. É crime parasitário de um delito antecedente praticado, em geral, contra o patrimônio. Há, é certo, grande aproximação entre a receptação e a lavagem de capitais, pois ambas as figuras típicas têm uma mesma finalidade: assegurar a utilização de bens ou valores obtidos por meio de crime antecedente. Ocorre que a atividade do receptador é periférica em relação aos agentes do crime patrimonial precedente. No caso do crime de ocultação de bens e valores da Lei de lavagem de dinheiro, as atividades tendentes a assegurar as vantagens materiais estão imbricadas à própria ação antecedente. (...) A lavagem é, portanto, um crime específico em relação à receptação, pelo que se aplica o princípio da especialidade”. Brasil, Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Segunda Turma, Apelação Criminal n. 200581000145860, Relator Desembargador Federal Rogério Fialho Moreira, Julgamento em 09/09/2008, publicação no Diário da Justiça em 09/09/2008.

⁴⁸³ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op cit.* p. 241.

DELGADO, deixar de punir o autor do crime precedente pela lavagem de dinheiro geraria problemas na lógica aplicação da Lei penal. Basta pensar na hipótese de um terceiro (A) que atua como mero partícipe na ocultação de bens, em conjunto com um agente (B) que atuou como autor em ambos os delitos – antecedente e consequente. Nesse caso, deixar impune B pela lavagem de dinheiro acarretaria aceitar punir A pela participação em um fato atípico, o que, só seria admissível se assim dispusesse expressamente o legislador⁴⁸⁴.

Por todas essas razões, conclui-se que, partindo da ideia segundo a qual a lavagem de dinheiro configura um crime econômico, deve-se admitir como possível o apenamento do autor do crime antecedente pelo crime posterior sempre e quando este vier a preencher alguma das condutas puníveis pela Lei n. 9.613/98.

É importante ressaltar que o concurso de crimes aqui mencionado ocorrerá mesmo naquelas hipóteses em que a lavagem for antecedida por delitos econômicos (por exemplo, os crimes contra o sistema financeiro nacional – artigo 1º, inciso VI, da Lei 9.613/98). Isso porque o bem jurídico tecnicamente – ou imediatamente – tutelado pela ocultação (o tráfico lícito de bens na economia) difere do bem jurídico imediato que ostentam os crimes financeiros (a higidez do próprio sistema financeiro), ainda que mediatamente se possa dizer que todos esses tipos penais visem à tutela da ordem econômica em geral, tal como visto no tópico 4.1.3 deste trabalho.

4.2.3. O problema da (a)tipicidade de pequenos ou isolados atos de dissimulação

A escolha do bem jurídico tutelado pelos tipos penais de lavagem de capitais acarreta, também, importantes consequências acerca da tipicidade ou atipicidade objetiva de pequenos ou isolados atos de dissimulação de bens. A questão que se coloca é: mesmo que se reconheça ser a lavagem de dinheiro um delito socioeconômico por acumulação, a punição de atos simples de ocultação subsistiria a críticas que levassem em conta o princípio da insignificância e da lesividade ao bem jurídico?⁴⁸⁵

⁴⁸⁴ Idem. p. 242

⁴⁸⁵ “Bens jurídicos difusos ou supra-individuais que são, a Economia e o Meio-Ambiente, pelas suas próprias características estruturais, muitas vezes não são ameaçados, em seu todo, por uma única

Viu-se, no capítulo 3, que autores como BAJO FERNÁNDEZ⁴⁸⁶ (que não enxerga nenhuma legitimidade na incriminação da lavagem de dinheiro) e MOLINA FERNÁNDEZ⁴⁸⁷ (que considera que a lavagem agride o mesmo bem jurídico já atacado pelo delito prévio) descartam a punibilidade de pequenos atos de lavagem de dinheiro, considerando que o tipo foi mundialmente criado para ter incidência apenas sobre o crime organizado, praticado em larga escala. Aliás, Ramon RAGUÉS I VALLÉS chega a afirmar, sintomaticamente, que vê na administração da justiça o bem jurídico da ocultação de bens precisamente para evitar que a discussão sobre este delito caia na “armadilha dogmática dos crimes por acumulação”⁴⁸⁸.

Nos tópicos seguintes essa temática será mais bem analisada, principalmente tendo em conta que o presente estudo parte da ideia segundo a qual a lavagem de dinheiro configura um típico delito socioeconômico de acumulação. Para tanto, será necessária a introdução de um pequeno excerto para tratar da relação dos crimes de perigo com o princípio da lesividade ao bem jurídico, imprescindível para que se possa esboçar uma resposta à questão aqui colocada.

4.2.3.1. *Delitos de perigo e princípio da lesividade*

Inicialmente, cumpre salientar que a aceitação da legitimidade dos delitos de perigo, nos moldes espostos ao final do capítulo 1, merece agora algumas considerações mais concretas, voltadas especificamente aos delitos econômicos e, principalmente, à lavagem de dinheiro.

Disse-se já neste trabalho que existem correntes doutrinárias (autores

ação individual. A idéia aqui vertida diz respeito a microlesões de uma massa, que, eventualmente, podem vir a se mostrar lesivas em seu conjunto. Assim, não é de se falar que uma única conduta seja perigosa, nem mesmo em termos remotos, senão que a soma de muitos fatos individuais, unitariamente irrelevantes em consideração penal, deve ser tida em conta. Com defensores extremados, os quais pretendem uma proteção de maior monta a estes bens, acaba-se em semelhante problemática anterior. Deveriam todas as situações ser tidas como penalmente relevantes? Qual o juízo de valor a ser feito para a devida consideração de cumulatividade futura de perigo, em contrapartida, a uma situação de insignificância?” SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. p. 149.

⁴⁸⁶ BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. *El desatinado delito de blanqueo de capitales*. p. 12.

⁴⁸⁷ MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. *Op. cit.* p. 122. Para esse autor, atos isolados de lavagem, que não sejam capazes de criar um ambiente propício para o financiamento de delitos similares aos antecedentes, deveriam restar impunes.

⁴⁸⁸ RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Lavado de activos y negocios standard*. p. 320 e seguintes.

como Jesús-María SILVA SÁNCHEZ e os integrantes da Escola de Frankfurt⁴⁸⁹) que não aceitam a legitimidade dos delitos de perigo abstrato, dada a completa ausência, nesses casos, de dano efetivo – ou perigo de dano concreto – ao bem jurídico penalmente tutelado.

Não se adota, neste estudo, posição tão extremada. De fato, os crimes de perigo abstrato e por acumulação, embora representem a manifestação de certa administrativização do Direito penal, são legítimos para a proteção de bens jurídicos coletivos em muitos casos, desde que sejam corretamente interpretados.

A propósito, Mirentxu CORCOY BIDASOLO lembra que a completa extinção do bem jurídico dificilmente se dá por meio de uma conduta criminosa. O homicídio exemplifica, é verdade, um típico caso de “nadição” do bem jurídico (no caso, a vida humana em si mesma considerada), mas é lícito afirmar que não são muitos os delitos – nem mesmo aqueles que atacam bens individuais ou bens jurídicos coletivos próprios do Direito penal clássico – capazes de extinguir ou quase extinguir o bem jurídico. Afinal, um crime de calúnia ou difamação não extermina a honra da vítima, um furto dificilmente extingue todo o patrimônio do ofendido, da mesma forma que um ato de prevaricação ou corrupção não é capaz de destruir por completo a confiança dos cidadãos nas instituições estatais⁴⁹⁰.

Se é assim com delitos próprios do Direito penal nuclear, é natural que nos crimes que atacam bens coletivos socioeconômicos a abstração em relação à lesividade aumente ainda mais. Esse raciocínio não se presta para legitimar toda e qualquer proibição penal no campo do perigo econômico, mas ao menos alerta para o fato de tal fenômeno não se caracterizar nem como absolutamente novo, nem como estranho ao Direito penal vigente há séculos.

⁴⁸⁹ Conforme tópico 1.3.2 do capítulo 1.

⁴⁹⁰ “Los problemas para aceptar la legitimidad de la protección penal de los bienes jurídicos supraindividuales tiene dos motivos, conectados entre sí por el origen del concepto de bien jurídico. Cuando, con la Ilustración, surge el concepto de bien jurídico, supone una reaparición de la figura de la víctima, pero ello no puede implicar que se deba limitar la intervención del Derecho penal a la existencia de una víctima a la que se le han lesionado bienes o intereses. Los motivos que originan dificultades en la legitimación de la protección de los bienes jurídicos supraindividuales provienen, junto a otras razones paralelas, de la concepción del bien jurídico-penal puesto que en muchos casos se está confundiendo con substrato material y la lesión del bien jurídico con la producción de un daño. El bien jurídico-penal es algo diferente del daño, entendido como destrucción de un objeto cuantificable. El problema con que se enfrentan la mayoría de las teorías sobre el bien jurídico proviene del significado de destrucción, propio del término lesión, que se requiere para no infringir el principio de lesividad. Lesión del bien jurídico, en el sentido de destrucción de éste, no de destrucción o menoscabo del objeto material, se produce en muy pocos delitos, puesto que en la mayoría de supuestos hay una afectación del bien jurídico pero no una lesión”. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. p. 219-220.

A toda evidência, não é tanto o conceito de bem jurídico, individual ou coletivo, que importa nesse assunto, até porque bens coletivos sempre existiram no Direito penal, ao menos desde o Direito romano. O centro da questão está precisamente no conceito de lesividade, elemento que segundo FARIA COSTA⁴⁹¹ não deve se resumir aos casos de extinção do bem jurídico ou colocação deste em concreta situação de perigo⁴⁹².

É por essa razão que Pierpaolo Cruz BOTTINI assevera que uma alternativa que permite a aceitação dos delitos de perigo abstrato sob a luz do princípio da lesividade será rever os contornos deste conceito, pois por lesividade não se deve entender apenas a colocação do bem em concreto perigo, mas também a “*desestabilização de expectativas diante de atividades arriscadas, com o mero potencial de perigo*”.⁴⁹³

Todavia, esse mesmo autor corretamente assevera que toda e qualquer conduta perigosa, para que possa ser penalmente sancionada, terá que, no mínimo, ostentar certo grau de danosidade *potencial* ao bem jurídico coletivo, que não precisa, é verdade, ser concretizado na lesão de um objeto específico. Este é o cerne da discussão sobre a legitimidade dos delitos de perigo abstrato: na falta de um potencial perigo ao bem jurídico, de uma exposição do interesse protegido a uma periculosidade penalmente relevante, restará deslegitimada toda e qualquer punição

⁴⁹¹ José de FARIA COSTA adota três níveis de lesividade. O primeiro configura o dano propriamente dito a um bem jurídico. Em segundo plano, a lesividade se revela como exposição do referido bem a um perigo concreto. Num terceiro momento, lesividade significa a criação de um perigo abstrato. Para este autor, a incriminação de condutas abstratamente perigosas, dada a distância em relação ao efetivo dano ao bem jurídico, só seria legítima em algumas condições, dentre elas a descrição minuciosa da conduta proibida na Lei penal, bem como a necessária relação da conduta sancionada com um bem jurídico concreto dotado de dignidade e carência penal. Assim: FARIA COSTA, José de. *O perigo em Direito penal*. p. 641.

⁴⁹² No mesmo sentido é a lição de CORCOY BIDASOLO: “De todo lo anterior cabe concluir que, en los delitos contra bienes jurídicos supraindividuales, al igual que en todos los delitos, el desvalor de injusto y la lesividad no pueden medirse con criterios naturalísticos de gravedad del daño, sino con criterios normativos sobre la mayor o menor relevancia jurídico penal del comportamiento – desvalor de injusto – y de la mayor o menor gravedad de la afectación del bien jurídico – lesividad – y estos valores dependerán del bien jurídico puesto en peligro y afectado y de la modalidad del comportamiento, según suponga un mayor o menor grado de respeto por los intereses penalmente protegidos. Un comportamiento doloso siempre se ha considerado que tiene un mayor desvalor de injusto que uno imprudente y determinadas modalidades de agresión a un bien jurídico también se han considerados más graves que otras, aun cuando afectasen al mismo bien jurídico, independientemente, del daño que *ex post* se ha producido. Por ello en relación con los bienes jurídicos supraindividuales no podemos olvidar estos principios y limitarnos a examinar la gravedad del daño causado por la conducta”. CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Op. cit.* p. 223-224.

⁴⁹³ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 207-208.

diante de um Direito penal funcional⁴⁹⁴. Na ausência desse requisito, o Direito penal deixa de proteger bens jurídicos para passar a proibir condutas sem nenhum escopo justificado⁴⁹⁵.

Suas palavras, ao comentar a doutrina de FARIA COSTA, valem a transcrição:

“A construção de FARIA COSTA já oferece elementos pra tratar os tipos penais de perigo abstrato como delitos adequados ao princípio da lesividade, no plano legislativo, ainda que não esclareça como o aplicador da norma penal deve atuar para respeitar tal diretriz diante de uma conduta que viole o disposto no texto legal. A lesividade dos crimes de perigo abstrato deve estar presente tanto no plano legal, por meio de dispositivos claros e taxativos que permitam o reconhecimento dos interesses que visa resguardar, quando no plano fático, ou seja, o juiz, ao aplicar a norma, deverá perquirir pela lesividade da conduta diante das circunstâncias concretas que envolvem sua prática. Esta verificação do potencial lesivo do comportamento se faz por um juízo de periculosidade da ação descrita no tipo como de perigo abstrato. **Apenas a conduta que ostente periculosidade tem o condão de movimentar o Direito penal de forma legítima. As ações ou omissões que não impliquem riscos, ao menos potenciais, de afetação do bem jurídico, não podem interessar ao sistema repressor. Aqui reside o princípio da lesividade e sua força interpretativa. Sua compreensão exige definir a periculosidade como elemento nuclear da ação penalmente relevante. A construção do tipo penal, seja de perigo abstrato, seja de lesão, demanda um injusto material, que será o risco de dano ao bem protegido, mesmo que sob uma perspectiva ex ante ou abstrata, de modo que a ausência deste risco afastará a lesividade e a incidência da norma penal não será adequada aos preceitos de um Direito penal racional e funcional**”.

(grifou-se)⁴⁹⁶

Colocadas essas premissas, e admitindo-se que a lavagem de dinheiro

⁴⁹⁴ “Tome-se, por exemplo, um agente que pratica a conduta prevista no artigo 273 do CP (Falsificar, corromper, adulterar ou adulterar produto destinado a fins terapêuticos ou medicinais). A conduta, em si, configura crime de perigo abstrato, pois afeta a saúde pública e as relações de consumo (bem jurídico coletivo). No entanto, para adquirir relevância penal, deve colocar em risco potencial, sob um ponto de vista *ex ante*, bens jurídicos concretos dos indivíduos relacionados com os efeitos possíveis da ingestão do produto como, por exemplo, a saúde dos eventuais consumidores. Não se quer, com isso, transformar os delitos de perigo abstrato em crimes de perigo concreto. A existência de um bem jurídico individual ameaçado concretamente é dispensada na primeira categoria, mas se faz necessária a constatação de um potencial perigo, atribuído à conduta”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 194. Em igual sentido: “Oriundos [os delitos de acumulação] de questão necessariamente de política criminal, tem-se particularidade quanto à noção da própria conduta. A ação individual não é mormente castigada, a não ser que se perceba que, com ela, ao menos se estabeleça um certo grau de perigosidade. É verdade que o perigo abstrato, genericamente, não obriga a uma referência quanto à lesão ao bem jurídico, senão quanto à sua colocação em perigo. Ocorre que, muita vez, determinada ação nem mesmo turba a segurança de um dado bem. Conforme sejam as características deste, entretanto, uma cumulação de condutas, de *per se* inofensivas, pode vir a colocá-lo em perigo. Claro exemplo disso se dá no campo do Direito Penal Ambiental, mas é possível imaginá-lo no campo do Direito Penal Econômico. Uma multiplicidade de condutas de pequena monta pode, em momento futuro, denotar um real perigo, senão dano, à Economia”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. p. 147.

⁴⁹⁵ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 224.

⁴⁹⁶ Idem. p. 208.

configura um delito econômico de perigo abstrato por acumulação (que deveria por isso mesmo ter penas mais brandas, pois não chega a lesar o bem jurídico de forma direta e concreta)⁴⁹⁷, resta analisar se é legítima a punição de pequenos ou isolados atos de ocultação, ou se este tipo penal está direcionado apenas para as grandes organizações criminosas e para o crime transnacional.

4.2.3.2. A exclusão da punibilidade para pequenos atos de ocultação

Desde o capítulo 3 já se disse que vários são os autores que se ocupam da problemática aqui colocada.

Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, ao utilizar a lavagem de capitais como modelo para exemplificar a “expansão desarrazoada” do Direito penal, conclui que pequenos ou médios atos de ocultação deveriam ser considerados atípicos, pois não ostentam dignidade penal diante da completa impossibilidade de causar danos à ordem econômica⁴⁹⁸. Para esse doutrinador, o delito em exame deveria ter

⁴⁹⁷ “O critério da proporcionalidade é de fundamental importância na discussão sobre os crimes de perigo abstrato, que representam a manifestação antecipada do Direito penal na busca de tutela eficiente de determinados bens. Quanto mais próxima a lesão, mais intensa será a pena. Logo, sob uma perspectiva legislativa, os tipos penais de perigo abstrato devem ser seguidos pela previsão de sanção mais branda do que aquelas previstas para o perigo concreto e para a lesão do bem jurídico protegido. A previsão de penas mais rigorosas para atividades com periculosidade menos atual será assistemática para um Direito penal pautado pela proporcionalidade”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 214. Da mesma forma: “O significado exato de tal proposta [do Direito penal de duas velocidades] pode ser apreendido se se leva em conta que tais delitos – muito especialmente socioeconômicos – nos quais se manifesta a expansão do Direito Penal continuam sendo delitos sancionados com penas privativas de liberdade, de considerável duração em alguns casos, nos quais, sem embargo, os princípios políticos-criminais sofrem uma acelerada perda de rigor. Se nos ativermos ao modelo sugerido, somente há duas opções: a primeira, que tais delitos se integrem no núcleo do Direito Penal, com as máximas garantias (no relativo à legalidade, à proporcionalidade, à lesividade, à prova etc.) e as mais rigorosas regras de imputação (da imputação objetiva, autoria, a comissão por omissão etc.); e a segunda, que se mantenha a linha de relativização de princípios de garantia que até hoje já acompanhar tais delitos, em cujo caso se deveria renunciar a cominação das penas de prisão que agora existem”. SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. cit.* p. 185-186.

⁴⁹⁸ “O que interessa ressaltar neste momento é tão somente que existe, seguramente, um espaço de “expansão razoável” do Direito Penal, ainda que, com a mesma convicção próxima da certeza, se deva afirmar que também se dão importantes manifestações da “expansão desarrazoada”. A título puramente orientativo: a entrada maciça de capitais procedentes de atividades delitivas (singularmente, do narcotráfico) em um determinado setor da economia provoca uma profunda desestabilização desse setor, com importantes repercussões lesivas. É, pois, provavelmente, razoável que os responsáveis por uma injeção maciça de dinheiro *negro* em um determinado setor da economia sejam sancionados penalmente pela comissão de um delito contra a ordem econômica. Mas, vejamos, isso não faz, por si só, razoável a sanção penal de qualquer conduta de utilização de pequenas (ou médias) quantidades de dinheiro *negro* na aquisição de bens ou retribuição de serviços. A tipificação do delito de lavagem de dinheiro é, enfim, uma manifestação da expansão razoável do Direito Penal (em seu núcleo, de alcance muito limitado) e de expansão irrazoável do mesmo (no resto das condutas, em relação às quais não se possa afirmar em absoluto que, de modo

incidência apenas para os chefes de grandes grupos dedicados à reiterada ocultação de significativas somas ilegais, e não para ocasionais atos de dissimulação praticados de forma não profissional⁴⁹⁹. Fora das hipóteses de dissimulações praticadas por grandes organizações criminosas, a sanção deveria ter natureza meramente administrativa.

Posição muito parecida é sustentada por PITOMBO, autor que, diante do princípio da insignificância, afirma serem atípicos atos de ocultação que envolvam pequenos montantes de bens⁵⁰⁰.

Renato de Mello Jorge SILVEIRA, reconhecendo que os delitos de acumulação encontram no Direito penal econômico um de seus campos mais férteis – dada a abrangência do bem jurídico que se busca tutelar –, demonstra preocupação com a sua desatenta aplicação para justificar o apenamento de situações de lavagem de dinheiro⁵⁰¹. Para esse professor, a punição de todo e qualquer ato de dissimulação, por menor que seja, geraria distorções e flagrante desproporcionalidade entre o desvalor do fato e as graves sanções cominadas pela Lei n. 9.613/98.

A mesma aflição é externada por Marco Antonio de BARROS, ao afirmar que pequenos montantes oriundos de crimes como a extorsão mediante sequestro (artigo 1º, inciso IV, da Lei n. 9.613/98), mesmo que ocultados, não deveriam fazer

específico, lesionem a ordem econômica de modo penalmente relevante)". SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito Penal*. p. 34-35.

⁴⁹⁹ "(...) um ato de lavagem que ponha em perigo, por si só, a ordem econômica há que se referir a enormes quantidades de dinheiro; e esse fato somente pode ser cometido pelos chefes das quadrilhas do crime organizado. Ocorre que os atos de lavagem de menor envergadura, que isoladamente não põem em perigo a ordem econômica, contemplados em seu conjunto certamente constituem uma importante perturbação do sistema econômico. É isso o que justificaria talvez sua sanção administrativa; mas não sua sanção penal". Idem. p. 155.

⁵⁰⁰ "Da mesma forma, a inexpressividade do montante, envolvido na lavagem, precisa ser interpretada sob o ângulo da lesão ao bem jurídico, podendo até aplicar-se o princípio da insignificância. Ora, constatado o grau similar de lesividade dos comportamentos proibidos, entre a lavagem e o crime antecedente, cabe averiguar se outros ramos do Direito não podem atuar para impedir a ocultação ou dissimulação da proveniência criminosa, e a consequente, e a consequente integração, à economia, dos bens oriundos daquele crime antecedente *sub examine*. As normas administrativas e de Direito privado podem ser instrumentos suficientes para o controle e reprimenda desses atos ilícitos. Cabe empregar-se, na aferição dos crimes antecedentes, o princípio da *subsidiariedade*". PITOMBO, Antonio Sergio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. p. 97.

⁵⁰¹ "Situação preocupante, em dias atuais, é a sua utilização como causa justificante de punição em situações como as de lavagem de dinheiro. A própria tentativa de responsabilização penal de advogados nessa seara, encontra lastro na idéia cumulativa, já que não seria de se dizer que sua atuação estaria a afetar a ordem econômica como um todo. A se ter por ela aceita, perigosa e insegura se torna, pois, toda a relação profissional". SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. p. 147-148.

incidir as graves penas da lavagem de capitais⁵⁰².

BOTTINI, ao comentar a específica problemática dos crimes de acumulação, reconhece que “as condutas tipificadas mediante esta técnica não representam, isoladamente, periculosidade alguma para os bens penalmente relevantes, nem no plano coletivo, nem no plano individual”⁵⁰³. Mas, ao mesmo tempo, assevera que se pode “alegar que o Direito penal, ao proibir tais atividades está, em última instância, exercendo seu papel de protetor de bens jurídicos, pois ao reprimir a prática destas condutas isoladas, impede sua repetição e, conseqüentemente, evita a criação de um contexto de periculosidade não tolerado, composto pelo somatório delas”⁵⁰⁴.

O problema, como se pode notar, está em conciliar, de um lado, a ausência de periculosidade em cada ação isoladamente considerada⁵⁰⁵ e, de outro, a ideia de Direito penal para a proteção de bens jurídicos.

Para resolver a questão, o professor paulista propõe que os tipos de perigo por acumulação sejam interpretados como normas tendentes a evitar a criação de contextos de risco capazes de afetar o bem jurídico protegido. Esses contextos seriam criados a partir do momento em que uma determinada pessoa praticasse a mesma ação típica por reiteradas vezes. Nessa linha de pensamento, a criação desse “ambiente de periculosidade”, imputável a um mesmo indivíduo em

⁵⁰² Não se pode afirmar que o diploma penal em estudo [Lei n. 9.613/98] se limita a reprimir ações criminosas compatíveis com a macro-criminalidade, ou seja, aquelas que geram efeito devastador na órbita econômico-financeira. Também em casos de relativa lesão ao patrimônio das pessoas será possível identificar a ‘lavagem’. Mas, é preciso estabelecer um limite compatível com o critério de razoabilidade, para não se cometer excesso ou injustiça. (...) É possível que em determinada situação se produza apenas reduzida lesividade aos sistemas econômico e financeiro, como ocorre na órbita do prejuízo individual (ex.: extorsão mediante sequestro). Em tal hipótese, se o raio de proteção legal se restringir ao resguardo de valor de pouca expressividade monetária, a ponto de se confundir com o justo interesse do ofendido em obter o ressarcimento pelos danos sofridos, é preciso sopesar com muita cautela a imputação acessória referente ao crime de ‘lavagem’”. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*. p. 57.

⁵⁰³ E continua o mesmo professor: “Não existe risco *ex ante* em atividades que, apenas por multiplicação e por repetição, formam um perigo consistente: logo, não existem condições materiais para infligir tipicidade a estes atos. O escopo último do Direito penal, como já tratado, não é a preservação da norma ou de expectativas sociais em torno de condutas, mas a proteção de bens jurídicos, e estes não são colocados em risco pela ação isolada reprimida por tais dispositivos”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 241-242.

⁵⁰⁴ Idem. p. 242. Como se vê, o reconhecimento de que os crimes de acumulação protegem bens jurídicos e está de acordo com o que se citou, deste mesmo autor.

⁵⁰⁵ “A materialidade do injusto, exigida para a caracterização da tipicidade dos tipos penais de perigo abstrato, não está presente nos delitos por acumulação o que, sob a ótica do sistema penal ora defendido, em princípio exclui sua legitimidade por ausência de periculosidade. A utilização da cumulatividade como critério de imputação penal de responsabilidade seria uma sanção *ex iniuria tertii*, que acabaria por substituir o injusto material do tipo de perigo abstrato pelo mero perigo presumido, estatístico ou global”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 243.

decorrência da soma de condutas suas da mesma espécie, é que confere legitimidade à punição pelos crimes de acumulação e, além disso, permite falar em respeito ao princípio da lesividade⁵⁰⁶.

Embora BOTTINI não se manifeste especificamente sobre a lavagem de dinheiro, acredita-se que é emblemático, por analogia, o exemplo trazido por esse professor para tratar do crime de evasão de divisas:

“O indivíduo que remete ao exterior uma pequena quantidade de recursos não defrauda o bem jurídico protegido pela norma, pois aquela conduta isolada não oferece riscos para a organização financeira nacional, embora o comportamento seja descrito como típico pelo parágrafo único do art. 22 da Lei 7.492/1986 (*Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente*). No entanto, esta constatação não significa que a previsão legal deva ser excluída do ordenamento, porque pode ocorrer que um mesmo agente envie, constante e reiteradamente, divisas para outro país. Neste caso, uma mesma pessoa é responsável pela multiplicação da conduta e pela consequente criação de um contexto de riscos para o interesse tutelado, o que permite a aplicação legítima da norma repressora”⁵⁰⁷.

É exatamente por essa razão que se pode dizer que a questão da legitimidade ou não dos crimes de acumulação não revela uma discussão sobre a legislação penal em si, mas sim sobre a aplicação concreta da norma repressora. Em cada caso, o juiz (na posição de intérprete e “gestor do risco”) é que terá a tarefa de avaliar – levando em conta o valor dos bens envolvidos, a quantidade de atos seguidos de ocultação, a organização do empreendimento criminoso, bem como as

⁵⁰⁶ “No entanto, não se quer, aqui, defender a exclusão, do ordenamento jurídico, de tipos penais que descrevam condutas arriscadas por acumulação. A previsão legal dos delitos de perigo abstrato pode ser adequada para a contenção de riscos em determinados contextos, em que se faz presente a periculosidade da conduta, especialmente quando a repetição da atividade é perpetrada pela mesma pessoa. É possível que um mesmo indivíduo venha a praticar a mesma ação típica reiteradas vezes, até a criação de um contexto de risco capaz de afetar os bens protegidos. Neste caso, o ambiente de periculosidade é imputado ao agente, porque este atuou no sentido de criar o risco não permitido pela norma penal. Assim, um caçador que apanha um grande número de espécies para comercialização, sem autorização, cria condições para afetar o meio ambiente da região: logo, sua atividade é objeto de atenção penal”. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 243-244. Em sentido similar: “Sendo claro que os problemas podem ser contornados por uma aplicação de dogmática também aqui, nessa ordem, parece que se poderiam utilizar, de igual sorte, considerações sobre o risco, imputação objetiva e avaliações de política criminal para sopesar a necessidade, ou não, de uma incriminação. Do mesmo modo, as teses de Kuhlen, de que seria legítima a utilização desta noção de acumulação para prevenção dos “grandes riscos”, também não se sustentam. A diferença entre uma micro e uma macro-criminalidade há de ser tida em perspectiva político-criminal, mas não dogmática. Como lembra Prittitz, considerando que o Direito Penal tem como pressuposto a decisão governamental em proteger bens jurídicos, somente quando esta decisão é alterada é que se poderia alterar, em concreto, a aplicabilidade do conceito de crime. Não pontualmente, nem em situações específicas”. SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. p. 149-150.

⁵⁰⁷ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 244.

circunstâncias do fato em geral – se no caso concreto criaram-se as condições para um *ambiente de periculosidade* ao bem jurídico. Concluindo pela presença desse elemento – e só nessa hipótese – estará legitimada a punição pelo crime de lavagem de dinheiro⁵⁰⁸.

Diante dessas considerações, é de se concluir que não assiste razão a Juana DEL CARPIO DELGADO⁵⁰⁹ quando defende ser possível a punição de pequenos atos de lavagem de dinheiro, cometidos isoladamente. Seu argumento, como se viu no capítulo 3, seria o fato de o bem jurídico da ocultação de capitais ser caracterizado apenas pela licitude do tráfico de bens, e não pela ordem econômica em geral. Esse fator (a delimitação do bem jurídico a apenas uma das facetas da ordem econômica) faria com que pequenas e ocasionais infrações subsumíveis aos tipos penais de dissimulação ostentassem dignidade penal.

Embora no presente estudo se tenha acompanhado a linha segundo a qual o tráfico lícito de bens no mercado configura o bem jurídico imediatamente tutelado pelos tipos penais de lavagem de dinheiro, não se concorda com esse argumento pelo simples fato de que o referido bem jurídico continua sendo abrangente demais para ser efetivamente colocado em perigo (ou, menos ainda, em situação de lesão) pelo cometimento de pequenas inserções fraudulentas de dinheiro sujo na economia lícita. Em outras palavras, a lavagem de dinheiro, mesmo agredindo apenas facetas da economia global, continua sendo um delito por acumulação, que deve ser interpretado à luz do critério da *periculosidade*, tal como sustentam BOTTINI e FARIA COSTA. E, a toda evidência, essa periculosidade exigida (entendida como a criação de um ambiente de risco ao bem jurídico, derivado de uma reiteração de condutas da mesma natureza) não se verifica em um ou outro ato casual de ocultação de bens.

Sendo assim, conclui-se que, pelo critério da periculosidade ou pelo princípio da insignificância⁵¹⁰, ocasionais atos de dissimulação, praticados de forma desorganizada, não reiterada e não profissional, e que não envolvam significativas somas em dinheiro, não ostentam dignidade penal para receber as duras sanções

⁵⁰⁸ Idem. Ibidem.

⁵⁰⁹ DEL CARPIO DELGADO, Juana. *Op. cit.* p. 81.

⁵¹⁰ BOTTINI assevera que, em geral, o critério da periculosidade é melhor do que o princípio da insignificância para solucionar casos que envolvem crimes de perigo abstrato, pois só ele explica com exatidão hipóteses de risco permitido e de diminuição do risco ao bem jurídico. entretanto, entendemos que para os fins desse trabalho em específico a distinção não se reveste de tanta importância. Para fins de consulta, vide: BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. p. 234-235.

previstas na Lei de lavagem de dinheiro. Uma vez que se adote a linha doutrinária exposta linhas acima, poder-se-ia, no máximo, dizer que tais condutas se encaixariam na moldura do artigo 180 do Código penal brasileiro (que define o crime de receptação, com pena de reclusão de 1 a 4 anos), tal como dispõe a própria exposição de motivos da Lei n. 9.613/98⁵¹¹.

De qualquer forma, críticas podem ser formuladas no sentido de que a solução aqui proposta apresenta certa vagueza e indeterminação, uma vez que a tipicidade objetiva da lavagem de dinheiro poderia ficar a depender de critérios subjetivos, variáveis de acordo com o julgador no caso concreto.

Essa questão será mais bem abordada no tópico subsequente.

4.2.3.3. Uma saída objetiva: a utilização de parâmetros quantitativos

Há que se concordar com Carlos MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ quando critica a Lei espanhola pelo fato de não exigir (da mesma forma que a Lei brasileira) que os atos de dissimulação de bens alcancem certa envergadura para que passe a existir a punição pela lavagem de dinheiro.

Segundo o autor espanhol, isso provoca duas consequências insatisfatórias: de um lado, faz com que o tipo penal abarque negócios de bagatela,

⁵¹¹ A Exposição de motivos, tal como já dito neste trabalho, admite nos parágrafos 21 a 24, que o tipo legal de lavagem de dinheiro direciona-se a crimes graves e com características transnacionais, de modo que condutas que não se enquadrem nessas características deveriam ser disciplinadas à luz do artigo 180 do Código Penal. Veja-se: “21. Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, Direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante seqüestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinquência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao Direito penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes. 22. Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, Direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais. 23. O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de *“coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”*. Fica, portanto, sob o comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio. 24. Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo”.

de quantia insignificante; de outro, acarreta a mesma pena para quem oculta pequenas quantidades de dinheiro e para quem dissimula a origem de milhões de euros.

Para solucionar a questão, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ propõe, *de lege ferenda*, o estabelecimento de um *quantum* a partir do qual a conduta ostentaria relevância penal para fins de incidência das graves penas da lavagem de dinheiro. Todavia, enquanto isso não acontece, reconhece o doutrinador que o princípio da insignificância, também na Espanha, tem orientado a doutrina para considerar atípicos os atos de ocultação que não envolvam valores relevantes⁵¹².

A proposta de fixação de um patamar mínimo para o início da tipicidade penal objetiva, ainda mais quando oriunda de um respeitável professor como MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, expõe a constatação de que o branqueamento de capitais evidentemente foi criado para combater o crime organizado transnacional, e não para recair sobre atos ocasionais de ocultação⁵¹³.

Um exemplo prático da utilização de parâmetros quantitativos para o início da tipicidade objetiva, conforme já exposto no capítulo 2, é dado pela legislação argentina de lavagem de dinheiro.

O artigo 303 do Código penal argentino, que prevê o tipo básico de lavagem de capitais, estipula que a sanção só terá incidência quando o valor dos bens ocultados superar a quantia de trezentos mil pesos, “*seja em um só ato ou pela reiteração de fatos diversos vinculados entre si*”. Quando a operação de dissimulação não chegar a esse patamar, o legislador argentino determina que a punição seja idêntica à do encobrimento (artigo 277 daquele Código), variando de 6 meses a 3 anos de prisão.

Embora não resolva todos os problemas imagináveis nesse campo, a Lei argentina merece elogios, pois ao menos afasta as duas críticas de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ mencionadas ao início deste tópico: não impõe as rigorosas penas da lavagem de bens a atos de bagatela e estipula uma diferenciação na pena conforme o valor dos bens ocultados.

É claro que o valor do limite quantitativo pode sofrer críticas (para mais ou

⁵¹² MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Parte Especial. p. 502.

⁵¹³ Esse mesmo autor, além disso, aduz que parâmetros quantitativos têm sido utilizados pelo legislador espanhol para delimitar o início da tipicidade objetiva de diversos crimes, tais como a sonegação fiscal e de apropriação indébita previdenciária. Nesse sentido: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *Derecho Penal Económico*. Parte geral. p. 141 e seguintes.

para menos), pois não se pode dizer com absoluta certeza que a dissimulação de 300.000 pesos reflita ou deixe de refletir a criação de um efetivo risco à economia do país. Mas, de qualquer forma, a sua estipulação ajuda a evitar casos teratológicos e, com justiça, pune casos menos graves com uma pena mais branda.

Além disso, o Código argentino ressalta que o patamar de 300.000 pesos não precisa ser atingido em uma única operação de dissimulação. A atual redação do artigo 303 (dada pela alteração legislativa de 2011) determina a aplicação da pena da lavagem de dinheiro mesmo que pequenas operações sejam empreendidas, desde que, de forma coordenada e reiterada, os agentes atinjam esse *quantum*. Essa ressalva afasta, em nosso ver, críticas que poderiam surgir no sentido de que a Lei seria benéfica com grandes grupos criminosos que conseguissem se organizar e profissionalizar a ponto de ocultar enormes quantias de dinheiro sempre de forma fracionada.

Vale lembrar que parâmetros numéricos como o aqui mencionado já são utilizados pela jurisprudência brasileira, por exemplo, para considerar atípicos atos de apropriação indébita previdenciária⁵¹⁴ que não atinjam a quantia de R\$ 10.000,00 (dez mil reais)⁵¹⁵. Se isso já acontece para outro típico crime de acumulação, como aquele previsto no artigo 168-A do Código penal, não faz sentido punir com as graves penas da lavagem de dinheiro (3 a 10 anos de reclusão) pequenos e isolados atos de dissimulação de bens que não criem nenhum cenário de periculosidade para o bem jurídico coletivo tutelado pela Lei 9.613/98.

Além disso, cumpre frisar que critérios numéricos são usados em diversas searas jurídicas e pelo próprio direito penal há muito tempo. A maioria penal aos 18 anos⁵¹⁶ e a concentração de álcool (6 decigramas) por litro de sangue a partir da qual o a condução de veículos automotores passa a ser considerada delituosa⁵¹⁷

⁵¹⁴ Previsto no artigo 168-A do Código Penal, com pena de reclusão de 2 a 5 anos.

⁵¹⁵ É o que tem decidido o Superior Tribunal de Justiça: “A Lei 11.457/07 considerou como dívida ativa da União também os débitos decorrentes das contribuições previdenciárias, dando-lhes tratamento semelhante ao que é dado aos créditos tributários. Assim, não há porque fazer distinção, na seara penal, entre os crimes de descaminho e de apropriação indébita previdenciária, razão pela qual **deve se estender a aplicação do princípio da insignificância a este último delito, quando o valor do débito não for superior R\$ 10.000,00 (dez mil reais)**” (grifou-se). Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, Agravos Regimentais nos Recursos Especiais ns. 1171559/RS e 1168078/RS, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 20/09/2011, publicado no Diário da Justiça em 28/09/2011. Em idêntico sentido: Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Sexta Turma, Agravamento Regimental no Recurso Especial n. 1166145/SC, Relator Ministra Maria Thereza de Assis Moura, julgamento em 15/09/11, publicado no Diário da Justiça em 26/09/11.

⁵¹⁶ Artigo 27 do Código Penal.

⁵¹⁷ Artigo 306 da Lei 9.503/97.

são decisões legislativas tomadas de acordo com valores numéricos absolutos. É claro que determinadas pessoas ostentam, aos 16 ou 17 anos de idade, condições psíquicas que poderiam fundamentar a imputabilidade penal. Da mesma forma, é possível que determinado motorista consiga, de acordo com habilidades pessoais, não oferecer nenhum risco à segurança no trânsito mesmo com concentração de 7 decigramas de álcool por litro de sangue. De qualquer forma, estes são parâmetros numéricos que orientam a aplicação da lei e são decisivos para fazer ou não incidir uma pena criminal.

Assim, conclui-se que seria razoável, no Brasil, a criação de um parâmetro quantitativo – pelo legislador ou pela jurisprudência – a partir do qual se pudesse falar em punição pelo crime de lavagem de dinheiro. Ainda que um expediente como esse não esteja isento de críticas, é certo que ao menos contribuiria com um mínimo de segurança jurídica para decidir pela imposição ou não das graves penas previstas na Lei 9.613/98.

CONCLUSÃO

Tecidas as considerações dos capítulos anteriores, é possível agora chegar a algumas conclusões.

A sociedade globalizada de risco tem exigido que o Direito penal apresente soluções a problemas que não existiam no século XIX. O modo de produção capitalista pós-industrial, na busca da satisfação de um mercado em expansão de bens de consumo, é impulsionado e reproduzido pela diminuição da soberania estatal e, ao mesmo tempo, pelo aumento do poder dos grandes grupos econômicos. Tudo isso implica a produção de riscos globais derivados de atividades humanas, o que não acontecia – pelo menos não em grande escala – na época do direito penal clássico.

O perigo (ambiental e econômico, principalmente), que antes era reservado apenas a catástrofes naturais ou grandes e esporádicos eventos históricos ou políticos, agora é inerente à atividade empresarial cotidiana.

Os riscos contemporâneos são capazes de afetar pessoas geograficamente distantes do local da prática da atividade perigosa. Além disso, dada a velocidade e a abrangência dos sistemas de comunicação, os perigos socialmente relevantes são, hoje, percebidos por toda a coletividade e, ainda, por indivíduos de todas as classes sociais.

Esses fenômenos impõem ao Direito penal a lógica do direito administrativo, no sentido de gerir grandes riscos globais ditanciando-se cada vez mais da idéia clássica de aferição do bem jurídico. Antecipa-se a punição para estágios muito anteriores à efetiva lesão do interesse socialmente valioso, o que dá ensejo à proliferação de tipos de perigo abstrato e de tipos de acumulação – cujas conseqüências externas são pouco perceptíveis à coletividade.

Avaliadas as principais soluções doutrinárias propostas para o enfrentamento das novas questões penais, chegou-se, ao final do primeiro capítulo, à conclusão de que mesmo na sociedade de risco o direito penal só continua tendo legitimidade na medida em que visa a proteger bens jurídicos indispensáveis à livre convivência em sociedade, o que se defende por meio do funcionalismo teleológico de autores como Claus ROXIN e Jorge de FIGUEIREDO DIAS. A total negação da idéia de bem jurídico, em nome da máxima eficiência do Direito penal a qualquer custo, não se coaduna com o Estado Democrático de Direito.

Constatou-se, ainda, que não é de se rejeitar a idéia dos bens jurídicos coletivos, até porque estes sempre existiram sem maiores problemas no Direito penal. Em verdade, nem BIRNBAUM (criador do conceito de bem jurídico) nem a “Escola de Frankfurt” rechaçam os bens jurídicos coletivos. Mas, de qualquer forma, há que se ter em conta que bens jurídicos supraindividuais devem sempre ter como referencial último um bem jurídico individual, sendo o atendimento a essa exigência a única forma de limitar o poder punitivo estatal no sentido de evitar-se a criminalização de condutas que ataquem interesses carentes de qualquer concretude.

Quanto aos crimes de perigo abstrato e de acumulação, concluímos que a extrema relevância do bem jurídico, bem como a correta redação do tipo penal – que demonstre com exatidão a conduta proibida – é que confere legitimidade a essas espécies típicas. Mas é certo que o cuidado, nessas hipóteses, deverá ser redobrado, pois essas condutas, isoladamente consideradas, mesmo que muitas vezes sejam duramente apenadas pelo ordenamento jurídico-penal, não apresentam lesividade própria para bem jurídico algum.

No capítulo segundo demonstrou-se que a lavagem de dinheiro se insere nessa lógica de administrativização e transnacionalização do Direito penal, que pretende neutralizar os grandes riscos sociais decorrentes da globalização. Trata-se, inegavelmente, de um dos “*crimes of the powerful*” – praticado pelas camadas mais abastadas da população –, e que agride um bem jurídico pouco palpável apenas mediante o expediente da acumulação delitiva. Além disso, a ocultação de bens responde a uma lógica de uniformização das legislações penais mundo afora.

É por conta dessa última característica que as normas incriminadoras dos diversos países são demasiadamente parecidas, ainda que se cuidem de sistemas tão distintos quanto o anglo-saxão e o romano-germânico.

A legislação brasileira sobre o tema, como se viu, vem ao encontro das principais normativas internacionais de combate à lavagem de dinheiro.

O capítulo terceiro foi dedicado à análise do bem jurídico que se procura tutelar por meio da incriminação do branqueamento de capitais. A divergência doutrinária, como visto, é absoluta nesse campo.

Dentre todas as soluções propostas, concluiu-se que a mais viável – mesmo que não pouco criticável – seja aquela que preconiza ser a licitude dos bens no mercado (um dos requisitos para o bom funcionamento da ordem econômica em geral) o bem jurídico protegido pelo tipo penal em questão.

A conclusão apresentada não contraria o que se disse ao fim do primeiro capítulo, vez que o bem jurídico aventado não ostenta caráter institucional. Pelo contrário, tem como referencial último o direito individual conferido a todos os agentes que atuam na economia (todos os cidadãos, portanto) de intervir em um ambiente isonômico e minimamente transparente.

A conclusão do terceiro capítulo leva às discussões operadas no último capítulo do trabalho.

Em primeiro lugar, tratou-se de verificar se a lavagem de dinheiro efetivamente pode ser considerada como um delito econômico.

Como se expôs, a ocultação de bens encaixa-se com perfeição nessa categoria, mas como um delito socioeconômico em sentido amplo, e não estrito. Isso porque a ocultação de bens dificilmente afetará a intervenção do Estado na macroeconomia de forma direta. Seu efeito imediato é outro: dados os meios pelos quais é praticada, essa infração agride a licitude do tráfico de bens, diminuindo a transparência do sistema financeiro e acarretando o descrédito do sistema bancário. Somente de maneira mediata é que a intervenção do Estado na economia pode ser por afetada pelo crime em análise.

Em um segundo momento, procurou-se estabelecer algumas conclusões práticas da assunção da lavagem de dinheiro como delito socioeconômico de perigo, as quais, como visto, giram em torno da questão do bem jurídico.

A primeira delas diz respeito à legitimidade da punição, pela lavagem de dinheiro, do autor do crime antecedente quando este pratica alguma das condutas puníveis previstas na lei de ocultação de bens. Constatou-se que, se o bem jurídico do crime antecedente não se confunde com o bem agredido pelo delito consequente, então é de se ter que a lavagem de bens acaba por acarretar a

produção de um novo risco, a um novo bem jurídico. Abre-se, assim, a possibilidade para o concurso de delitos, de modo que a hipótese não remete ao concurso aparente de normas, que faria incidir regras como as da consunção entre um crime e outro.

Por fim, analisou-se mais especificamente a completa ausência de lesividade de pequenos e isolados atos de lavagem de dinheiro. Concluiu-se que a legitimidade da aplicação das graves penas previstas para a lavagem de dinheiro só surge quando um mesmo autor pratica reiteradas vezes atos da mesma natureza, a ponto de criar um “*contexto de periculosidade para o bem jurídico*”. Na ausência desse “*ambiente perigoso*”, a punição pelos crimes de acumulação perde a justificativa.

Assim, entendeu-se que atos simples, não profissionais, e que não envolvam grandes quantias em dinheiro não são típicos e não autorizam a incidência da grave sanção prevista para o delito em estudo.

Contra a última conclusão, poder-se-iam levantar críticas no sentido de que, em última instância, a tipicidade da conduta ficaria a depender da subjetividade do julgador no caso concreto – o que geraria insegurança jurídica. Para solucionar essa questão é que, no último tópico, propôs-se, com base nos ensinamentos de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ e na experiência legislativa argentina, a criação de um parâmetro quantitativo, em sede legislativa ou jurisprudencial, a partir do qual a ocultação de bens passaria a ser punível.

BIBLIOGRAFIA

ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidade, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2002.

ALEXANDER, Shana. *The Pizza Connection*. New York: Weidenfeld and Nicolson, 1988.

ÁLVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. *Manual de prevención del blanqueo de capitales*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

BACIGALUPO, Enrique. *Direito Penal: Parte Geral*. São Paulo: Malheiros, 2005.

_____. *Teoría y práctica del derecho penal*. Tomo I. Madrid: Marcial Pons, 2009.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. El desatinado delito de blanqueo de capitales. In: *Política criminal y blanqueo de capitales*. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 11-20.

_____. *El derecho penal econômico: Un estudio de Derecho positivo español*. In: Anuario de derecho penal y ciencias penales, n. 03, janeiro a abril de 1973.

_____; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 2ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*. São Paulo: Martin Claret, 2000.

BECK, Ulrich. *A sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2010.

BONFIM, Márcia Monassi M.; BONFIM, Edson M. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 2ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

_____. O paradoxo do risco e a política criminal contemporânea. In: *Direito Penal Contemporâneo*. MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

BUSATO, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

_____. *Quem é o inimigo, quem é você?* In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 66. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. O inimigo em Hobbes: Crítica à justificação filosófica de Jakobs ao Direito Penal do Inimigo. In: *Thomas Hobbes Penalista*. BUSATO, Paulo César (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

_____. *Fatos e mitos sobre a imputação objetiva*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CALLEGARI, André Luís. *Problemas pontuais da Lei de lavagem de dinheiro*. In: Revista brasileira de ciências criminais, n. 31. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho a setembro de 2000.

_____. *Imputação objetiva: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

CÂMARA, Guilherme Costa. *Programa de Política Criminal: orientado para a vítima de crime*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Editora Coimbra, 2008.

CAMARGO, Antonio Luís Chaves. *Imputação objetiva e Direito penal brasileiro*. São Paulo: Cultural Paulista, 2002.

CANAS, Vitalino. *O crime de branqueamento: regime de prevenção e de repressão*. Coimbra: Almedina, 2004.

CASTELLAR, João Carlos. *Lavagem de Dinheiro: a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. *El derecho penal de la empresa: desde una visión garantista*. Buenos Aires: B de F Editorial, 2005.

CHAVAGNEUX, Christian; PALAN Ronen. *Los paraísos fiscales*. Navarra: El Viejo Topo, 2007.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio. *El patrimonio criminal: comiso y pérdida de la ganancia*. Madrid: Dykinson, 2001.

CORCOY BIDASOLO, Mirentxu. *Delitos de peligro y protección de bienes jurídico-penales supraindividuales: nuevas formas de delincuencia y reinterpretación de tipos penales clásicos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

COSTA ANDRADE, Manuel da. *A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime*. In: Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Coimbra, ano 2, fasc. 1, jan./mar., 1992.

D'ÁVILA, Fábio Roberto. O modelo de crime como ofensa ao bem jurídico: elementos para a legitimação do Direito penal securitário. In: *Direito Penal Secundário*. D'ÁVILA, Flávio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de. (coord.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

DE CARLI, Carla Veríssimo. *Lavagem de dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Vero Jurídico, 2008.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Combate à Lavagem de dinheiro: Teoria e prática*. Campinas: Millenium, 2008.

DEL CARPIO DELGADO, Juana. *El Delito de Blanqueo de Bienes en el Nuevo Código Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

DEL CID GÓMEZ, Juan Miguel. *Blanqueo internacional de capitales: cómo detectarlo y prevenirlo*. Barcelona: Deusto, 2007.

DURRIEU, Roberto. *El lavado de dinero en la Argentina: Analisis dogmático y político criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Lei 25.246) y financiamiento Del terrorismo*. Buenos Aires: Lexis Nexis, 2006.

ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009.

FARIA COSTA, José Francisco de. *O Direito, a fragmentariedade e o nosso tempo*. Porto, 1993.

_____. *A criminalidade em um mundo globalizado: ou do Plaidoyer por um Direito penal não-securitário*. In: Revista de Legislação e Jurisprudência n. 3934. Coimbra: Coimbra Editora, setembro-outubro de 2005.

_____. *O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do Direito penal e da política criminal*. In: *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. Volume II: Problemas especiais. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

_____. *O perigo em Direito penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão*. 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999.

_____. *Direito Penal: Parte Geral*. Tomo I. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais; Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. *Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito Penal Económico e Direito Penal dos Negócios*. In: Revista de Direito penal e criminologia, n. 33. Rio de Janeiro: Forense, junho de 1982.

GODEFROY, Thierry; LASCOUMES, Pierre. *El capitalismo clandestino: La obscena realidad de los paraísos fiscales*. Barcelona: Paidós, 2005.

GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. *Do crime de 'branqueamento' de capitais: introdução e tipicidade*. Coimbra: Almedina, 2001.

GOMES, Marcus Alan de Melo. *Hobbes, Direito Penal do Inimigo e Estado*

Democrático de Direito: a indevida associação de extremos. In: *Thomas Hobbes Penalista*. BUSATO, Paulo César (Org.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. *El delito de blanqueo de capitales en Derecho Español*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1996.

GOMEZ PAVON, Pilar. *El bien jurídico protegido en la receptación, blanqueo de dinero y encubrimiento*. In: Cuadernos de política criminal, n. 53. Madrid, 1994.

GRACIA MARTÍN, Luis. *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho penal y para la crítica del discurso de resistência*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

GRANDIS, Rodrigo de. O exercício da advocacia e o crime de `lavagem` de dinheiro. In: *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal*. DE CARLI, Carla Veríssimo (org.) Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 49. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, julho-agosto de 2004.

GUARAGNI, Fábio André. A origem do direito penal econômico: razões históricas. In: *Crimes contra a ordem econômica e tutela de direitos fundamentais*. CÂMARA, Luiz Antônio (coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2009.

_____. A função do Direito penal e os “sistemas peritos”. In: *Crimes contra a ordem econômica: temas atuais de processo e direito penal*. CÂMARA, Luiz Antonio; GUARAGNI, Fábio André (coord.). Curitiba: Juruá Editora, 2011.

HASSEMER, Winfried. *¿Puede haber delitos que no afecten a un bien jurídico penal?* In: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEHL, Roland (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Três temas de Direito penal*. Porto Alegre: Publicações Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

_____. *Persona, Mundo y responsabilidad*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. *Características e crises do Moderno Direito Penal*. In: Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal, n. 18. Porto Alegre, fev-mar/2003.

HERZOG, Felix. *Límites al control penal de los riesgos sociales*. (Una perspectiva crítica ante el derecho penal en peligro). In: Anuario de derecho penal y ciencias penales. Tomo XLVI, fascículo I. Madrid: Ministerio de Justicia de España, janeiro-abril, 1993.

HIRSCH, Andrew von. El concepto de bien jurídico y el “principio del daño”. In: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEHL, Roland (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

HORMOZÁBAL MALARÉE, Hernán. Los delitos socioeconómicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. In: *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo*. Madrid, Boletín Oficial del Estado de España, 1995.

JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 2000.

_____. *Tratado de Direito penal: Teoria do injusto penal e culpabilidade*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

_____. Os dilemas do Direito Penal. In: *Direito Penal Contemporâneo*. MENDES, Gilmar Ferreira; BOTTINI, Pierpaolo Cruz; PACELLI, Eugênio (coord.). São Paulo: Saraiva, 2011.

_____ ; CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. *Fundamentos do Direito penal*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

JESCHECK, Hans-Heinrich. *Tratado de derecho penal: parte general*. 5ª ed. Granada: Comares, 2002.

KAHLO, Michael. Sobre la relación entre el concepto de bien jurídico y la imputación objetiva en Derecho penal. In: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEHL, Roland (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

LILLEY, Peter. *Dirty Dealing: the untold truth about global money laundering, international crime and terrorism*. 3rd ed. Philadelphia: Kogan Page, 2009.

MACHADO, Maíra Rocha. *Internacionalização do Direito penal: a gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. São Paulo: Editora 34/Edesp, 2004.

MADINGER, John. *Money Laundering*. New York: Taylor & Francis, 2006.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro: anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. *La dimensión internacional del blanqueo de dinero*. In: Estudios de Derecho Judicial del Consejo General del Poder Judicial n. 61 (El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica). Madrid, 2004.

_____. *Derecho Penal Económico y de la Empresa: Parte Especial*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2005.

_____. *Derecho Penal Económico: Parte General*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

MATHERS, Chris. *Crime School: Money Laundering*. New York: Firefly Books, 2004.

MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal: Parte general*. Buenos Aires: Depalma, 1994.

MOLINA FERNÁNDEZ, Fernando. ¿Qué se protege en el delito de blanqueo de capitales? In: *Política criminal y blanqueo de capitales*. BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina (Eds.). Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 91-123.

MOLINA MANSILLA, Ma. del Carmen; MOLINA MANSILLA, Luis. *El blanqueo de dinero*. Barcelona, Bosch, 2008.

MORO, Sérgio Fernando. Sobre o elemento subjetivo no crime de lavagem. In *Lavagem de dinheiro: comentários à Lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (org.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. *Derecho penal. Parte Especial*. 9ª Ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

PALAZZO, Francesco C. *Valores constitucionais e Direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

PODVAL, Roberto. *O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro*. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 24. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, outubro-dezembro de 1998.

PRADO. Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e Constituição*. 5ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

_____. *Curso de Direito Penal Brasileiro*. Vol. 2. 8ª ed. rev., atual e ampl. São Paulo: Editora revista dos Tribunais, 2010.

PRADO SALDARRIAGA, Víctor Roberto. *El delito de lavado de dinero*. Lima: IDEMSA, 1994.

PRESTES, Cristine. *Aperta o cerco à lavagem de dinheiro*. In: Jornal Valor Econômico, São Paulo, edição de 28/09/2011, Caderno Finanças, p. C8.

PRITTWITZ, Cornelius. Sociedad del riesgo y Derecho penal. In: *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; SERRANO GÓMEZ, Alfonso; LIFSCHITZ, Sergio Politoff; ZAFFARONI, Eugenio Raúl. (dir.); GUZMÁN DALBORA, José Luis. (coord). Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

RADBRUCH, Gustav. *Filosofia do Direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

RAGUÉS I VALLÉS, Ramón. *Lavado de activos y negocios standard*. Con especial mención a los abogados como potenciales autores de un delito de lavado. Memoriais

das XXIII Jornadas Internacionales de Derecho Penal da Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2001.

RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de processo penal norte-americano*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

_____. *Algumas observações críticas e outras provocativas sobre a lavagem de dinheiro*. Disponível em: http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem_provocacoes.pdf. Acesso em 10/09/2011.

ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. 2ª ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

_____. *Problemas Fundamentais de Direito Penal*. Lisboa: Vega Universidade, 1986.

_____. *¿Es La protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?* In: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEHL, Roland (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

_____. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Madrid: Civitas, 1997.

_____. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

_____. *A proteção de bens jurídicos como função do Direito penal*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SANTANA VEGA, Dulce María. *La protección penal de los bienes jurídicos colectivos*. Madrid: Dykinson, 2000.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal Econômico*. In: Revista de Direito penal e criminologia, n. 33. Rio de Janeiro: Forense, junho de 1982.

_____. *A moderna teoria do fato punível*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

SCHÜNEMANN, Bernd. *O Direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!* – Sobre os limites invioláveis do Direito penal em um Estado de Direito liberal. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais n. 53. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, março-abril de 2005.

SILVA, Eduardo Sanz de Oliveira e. *Direito penal preventivo e os crimes de perigo: uma apreciação dos critérios de prevenção enquanto antecipação do agir penal no Direito*. In: *Temas de Direito penal econômico*. FARIA COSTA, José de. (coord.) Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SILVA FRANCO, Alberto. *Globalização e criminalidade dos poderosos*. In: *Temas de Direito penal econômico*. PODVAL, Roberto. (org.) São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A Expansão do Direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. 2ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal de Perigo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.

SIMÕES, Pedro Coelho. A supra-individualidade como factor de superação da razão moderna. In: *Temas de Direito penal económico*. FARIA COSTA, José de. (coord.) Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

SOUZA, Paulo Vinicius Sporleder de. *Bem jurídico-penal e Engenharia Genética Humana*: contributo para compreensão dos bens jurídicos supra-individuais. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.

STRATENWERTH, Günter. *Derecho Penal*. Parte General I: El hecho punible. Navarra: Thomson/Civitas (Aranzadi), 2005.

_____. La criminalización en los delitos contra bienes jurídicos colectivos. In: *La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?* HEFENDEHL, Roland (ed.). Madrid: Marcial Pons, 2007.

SUÁREZ GONZÁLEZ, Carlos J. *Blanqueo de capitales y merecimiento de pena*: consideraciones críticas a la luz de la legislación española. Disponível em <http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/23584062101481851765679/Suar ez95.pdf>. Acesso em 05/01/2012.

SUTHERLAND, Edwin. *White-collar criminality*. In: *American Sociological Review*. Vol. 05, number 1, February, 1940.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Lima, IDEMSA, 2000.

_____. *Poder económico y delito*. Barcelona: Editorial Ariel, 1985.

VIDALES RODRIGUEZ, Caty. *Los delitos de receptación y de legitimación de capitales en el Código Penal de 1995*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

WELTER, Antônio Carlos. Dos Crimes: dogmática básica. In: *Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal*. DE CARLI, Carla Veríssimo. (org.) Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2011.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. In: *Direito Criminal*. PIERANGELI, José Henrique (coord.). Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

_____; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de direito penal brasileiro*: Parte Geral. vol. 1. 9ª ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

ZARAGOZA AGUADO, Javier Alberto. *El blanqueo de dinero. Aspectos sustantivos. Su investigación*. In: Cuadernos de Derecho Judicial (El encubrimiento, la receptación y el blanqueo de dinero). Publicação do Conselho Geral Judicial. Madrid, fevereiro de 1994.

ANEXO 1:

Seção 5322 do Código Penal Norte-americano (*U.S. Code*):

“Seção 5322. Sanções penais:

(a) Uma pessoa que intencionalmente viole este subcapítulo ou um regulamento prescrito ou ordem emitida ao abrigo do presente subcapítulo (exceto a seção 5315 ou 5324 deste título ou um regulamento prescrito de acordo com a seção 5315 ou 5324), ou que deliberadamente viole uma regra prescrita na seção 21 da Lei Federal de Seguros de Depósito ou na seção 123 da Lei 91-508, será multado em não mais de US \$250.000, ou preso por não mais de cinco anos, ou ambos.

(b) Uma pessoa que intencionalmente viole este subcapítulo ou um regulamento prescrito ou ordem emitida ao abrigo do presente subcapítulo (exceto a seção 5315 ou 5324 deste título ou um regulamento prescrito sob a seção 5315 ou 5324), ou que deliberadamente viole uma regra prescrita na seção 21 da Lei Federal de Seguros de Depósito ou na seção 123 da Lei 91-508, que viole outra lei dos Estados Unidos ou como parte de um padrão de qualquer atividade ilegal envolvendo mais de US\$ 100.000 em um período de 12 meses, será multado em não mais de \$ 500.000, preso por não mais de 10 anos, ou ambos.

(c) Por uma violação da seção 5318 (a) (2) deste título ou de um regulamento prescrito na seção 5318 (a) (2), ocorre uma violação independente para cada dia em que a violação continue e em cada escritório, filial ou local de trabalho em que uma violação ocorra ou continue.

(d) A instituição financeira ou agência que viole qualquer disposição do inciso (i) ou (j) do artigo 5318, ou quaisquer medidas especiais impostas na seção 5318 A, ou qualquer regulamento prescrito na subseção (i) ou (j) do artigo 5318 ou seção 5318 A, será multada em um valor igual a não menos de 2 vezes o valor da transação, mas em não mais de US\$ 1.000.000”.

Tradução livre de:

“Sec. 5322. Criminal penalties:

(a) A person willfully violating this subchapter or a regulation prescribed or order issued under this subchapter (except section 5315 or 5324 of this title or a regulation prescribed under section 5315 or 5324), or willfully violating a regulation prescribed under section 21 of the Federal Deposit Insurance Act or section 123 of Public Law 91-508, shall be fined not more than \$250,000, or imprisoned for not more than five years, or both.

(b) A person willfully violating this subchapter or a regulation prescribed or order issued under this subchapter (except section 5315 or 5324 of this title or a regulation prescribed under section 5315 or 5324), or willfully violating a regulation prescribed under section 21 of the Federal Deposit Insurance Act or section 123 of Public Law 91-508, while violating another law of the United States or as part of a pattern of any illegal activity involving more than \$100,000 in a 12-month period, shall be fined not more than \$500,000, imprisoned for not more than 10 years, or both.

(c) For a violation of section 5318(a)(2) of this title or a regulation prescribed under section 5318(a)(2), a separate violation occurs for each day the violation continues and at each office, branch, or place of business at which a violation occurs or continues.

(d) A financial institution or agency that violates any provision of subsection (i) or (j) of section 5318, or any special measures imposed under section 5318A, or any regulation prescribed under subsection (i) or (j) of section 5318 or section 5318A, shall be fined in an amount equal to not less than 2 times the amount of the transaction, but not more than \$1,000,000”.

ANEXO 2:

Alíneas (a), (b), (c) e (d) da Seção 1962 do
Código Penal Norte-americano (*U. S. Code*):

"(a) Será considerado ilegal que qualquer pessoa que tenha recebido qualquer rendimento derivado, direta ou indiretamente, de atividade de extorsão ou de uma dívida proveniente de atividade ilegal em que essa pessoa tem participado como um principal, na acepção da seção 2, título 18, do Código norte-americano, utilize ou invista, direta ou indiretamente, qualquer parte de tais rendimentos, ou o produto de tais rendimentos, na aquisição de qualquer bem ou no estabelecimento ou exploração de qualquer empresa que se dedique ou cujas atividades afetem o comércio interestadual ou estrangeiro. A compra de títulos no mercado aberto para fins de investimento, e sem a intenção de controlar ou participar no controle do emitente, ou de auxiliar outrem a fazê-lo, não deve ser ilegal ao abrigo da presente subseção, se os valores mobiliários adquiridos pelo comprador, pelos membros de sua família imediata, e por seus cúmplices na atividade de extorsão ou na coleta de uma dívida ilegal após a compra, não constituam, no conjunto, um por cento dos títulos em circulação de qualquer classe, e não confirmam, de direito ou de fato, o poder de eleger um ou mais administradores do emitente.

(b) Será considerado ilegal que qualquer pessoa, através de uma atividade de extorsão ou através do recebimento de uma dívida ilegal, adquira ou mantenha, direta ou indiretamente, qualquer interesse ou controle de qualquer empresa que se dedique, ou cujas atividades afetem, o comércio interestadual ou o estrangeiro.

(c) Será considerado ilegal que qualquer pessoa empregada ou associada a qualquer empresa envolvida, ou cujas atividades afetem o comércio interestadual ou estrangeiro, realize ou participe, direta ou indiretamente, da condução dos assuntos corporativos, através de uma atividade de extorsão ou cobrança de dívida ilegal.

(d) Será considerado ilegal que qualquer pessoa conspire para violar quaisquer das disposições das alíneas a), (b), ou (c) desta seção

Tradução livre de:

"(a) It shall be unlawful for any person who has received any income derived, directly or indirectly, from a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt in which such person has participated as a principal within the meaning of section 2, title 18, United States Code, to use or invest, directly or indirectly, any part of such income, or the proceeds of such income, in acquisition of any interest in, or the establishment or operation of, any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce. A purchase of securities on the open market for purposes of investment, and without the intention of controlling or participating in the control of the issuer, or of assisting another to do so, shall not be unlawful under this subsection if the securities of the issuer held by the purchaser, the members of his immediate family, and his or their accomplices in any pattern or racketeering activity or the collection of an unlawful debt after such purchase do not amount in the aggregate to one percent of the outstanding securities of any one class, and do not confer, either in law or in fact, the power to elect one or more directors of the issuer.

(b) It shall be unlawful for any person through a pattern of racketeering activity or through collection of an unlawful debt to acquire or maintain, directly or indirectly, any interest in or control of any enterprise which is engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce.

(c) It shall be unlawful for any person employed by or associated with any enterprise engaged in, or the activities of which affect, interstate or foreign commerce, to conduct or participate, directly or indirectly, in the conduct of such enterprise's affairs through a pattern of racketeering activity or collection of unlawful debt.

(d) It shall be unlawful for any person to conspire to violate any of the provisions of subsection (a), (b), or (c) of this section”.

ANEXO 3:

Seção 1961 do Código Penal Norte-americano (*U. S. Code*):

“Como utilizado neste capítulo - (1) Atividade de extorsão significa (A) qualquer ato ou ameaça envolvendo assassinato, seqüestro, apostas em jogo de azar, incêndio, roubo, suborno, extorsão, que trate de material obsceno, ou negociação de uma substância controlada ou substância química (conforme definido na seção 102 da Lei de Substâncias Controladas), exigível pela lei estadual, punível com prisão por mais de um ano, (B) qualquer ato que é condenável em qualquer uma das seguintes disposições do título 18, do Código norte-americano: seção 201 (suborno), seção 224 (suborno em desporto), seções 471, 472, e 473 (contrafacções), seção 659 (roubo no transporte interestadual) se o ato condenável sob a seção 659 é doloso, seção 664 (desvio de fundos de pensão), 891-894 (seções relativas a operações de crédito exorbitantes), seção 1028 (fraude e à atividade relacionada em conexão com documentos de identificação), seção 1029 (fraude e relacionada a atividade em conexão com dispositivos de acesso), seção 1084 (transmissão de informações em jogo), seção 1341 (fraude postal), seção 1343 (fraude eletrônica), seção 1344 (fraude contra instituição financeira), seção 1425 (aquisição da cidadania ou nacionalização ilegal), seção 1426 (reprodução de documentos de cidadania ou naturalização), seção 1427 (venda de naturalização ou documentos de cidadania), seções 1461-1465 (relativa a matéria obscena), seção 1503 (obstrução da justiça), seção 1510 (obstrução das investigações criminais), seção 1511 (obstrução de Estado ou de aplicação da lei local), seção 1512 (adulteração de uma testemunha, vítima ou um informante), seção 1513 (represálias contra uma testemunha, vítima ou um informante), seção 1542 (falsa declaração de aplicação e utilização de passaporte), seção 1543 (falsificação ou utilização de falso passaporte), seção 1544 (desvio de passaporte), seção 1546 (fraude e abuso de vistos, autorizações e outros documentos), seções 1581-1592 (trabalhos forçados, tráfico de pessoas), (! 1) seção 1951 (interferência com o comércio, roubo ou extorsão), seção 1952 (extorsão), seção 1953 (transporte interestadual de máquinas de apostas), seção 1954 (pagamentos de fundos de pensão ilegais), seção 1955 (proibição de empresas de apostas ilegais), seção 1956 (lavagem de instrumentos monetários), seção 1957 (realização de operações monetárias de bens provenientes de atividade ilícita), seção 1958 (uso de instalações de comércio interestadual em assassinato de aluguel), seção 1960 (transferência de fundos ilegais), seções 2251, 2251A, 2252 e 2260 (exploração sexual de crianças), seções 2312 e 2313 (transporte interestadual de veículos roubados), seções 2314 e 2315 (transporte interestadual de propriedade roubada), seção 2318 (tráfico de etiquetas falsas para gravações, programas de computador ou embalagem e cópias de filmes ou outras obras audiovisuais), seção 2319 (violação criminosa de copyright), seção 2319A (fixação não autorizada e tráfico de gravações sonoras e vídeos musicais de apresentações musicais ao vivo), seção 2320 (tráfico de bens ou serviços que ostentam marcas falsas), seção 2321 (tráfico de determinados veículos a motor ou peças para veículos automóveis), seções 2341-2346 (tráfico de cigarros de contrabando), seções 2421-24 (tráfego de escravos brancos), as seções 175-178 (armas biológicas), seções 229 -229F (armas químicas), seção 831 (materiais nucleares), (C) qualquer ato que é condenável sob o título 29, Código norte-americano, seção 186 (lidar com as restrições aos pagamentos e empréstimos a organizações de trabalhadores) ou seção 501 (c)

(desvio de fundos sindicais), (D) qualquer crime envolvendo fraude ligada a um caso sob o título 11 (exceto um caso sob a seção 157 do título), a fraude na venda de títulos, ou a fabricação dolosa, importação, recebimento, ocultação, compra, venda, ou trato de substância controlada ou substância química (conforme definido na seção 102 da Lei de Substâncias Controladas), punível nos termos da lei dos Estados Unidos, (E) qualquer ato que é indiciável sob a legislação de notificação detransações monetárias exteriores, (F) qualquer ato que é condenável sob o Ato de Imigração e Nacionalidade, seção 274 (trazer e abrigar certos estrangeiros), seção 277 (auxílio ou assistência a certos estrangeiros para entrar Estados Unidos), ou seção 278 (importação de espécies exóticas para fins imorais) se o ato condenável sob tal seção do referido ato foi cometido com o objetivo de ganho financeiro, ou (G) qualquer ato condenável sob qualquer disposição enunciada na seção 2332b (g) (5) (B)".

Tradução livre de:

"As used in this chapter - (1) "racketeering activity" means (A) any act or threat involving murder, kidnapping, gambling, arson, robbery, bribery, extortion, dealing in obscene matter, or dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), which is chargeable under State law and punishable by imprisonment for more than one year; (B) any act which is indictable under any of the following provisions of title 18, United States Code: Section 201 (relating to bribery), section 224 (relating to sports bribery), sections 471, 472, and 473 (relating to counterfeiting), section 659 (relating to theft from interstate shipment) if the act indictable under section 659 is felonious, section 664 (relating to embezzlement from pension and welfare funds), sections 891-894 (relating to extortionate credit transactions), section 1028 (relating to fraud and related activity in connection with identification documents), section 1029 (relating to fraud and related activity in connection with access devices), section 1084 (relating to the transmission of gambling information), section 1341 (relating to mail fraud), section 1343 (relating to wire fraud), section 1344 (relating to financial institution fraud), section 1425 (relating to the procurement of citizenship or nationalization unlawfully), section 1426 (relating to the reproduction of naturalization or citizenship papers), section 1427 (relating to the sale of naturalization or citizenship papers), sections 1461-1465 (relating to obscene matter), section 1503 (relating to obstruction of justice), section 1510 (relating to obstruction of criminal investigations), section 1511 (relating to the obstruction of State or local law enforcement), section 1512 (relating to tampering with a witness, victim, or an informant), section 1513 (relating to retaliating against a witness, victim, or an informant), section 1542 (relating to false statement in application and use of passport), section 1543 (relating to forgery or false use of passport), section 1544 (relating to misuse of passport), section 1546 (relating to fraud and misuse of visas, permits, and other documents), sections 1581-1592 (relating to peonage, slavery, and trafficking in persons), (!1) section 1951 (relating to interference with commerce, robbery, or extortion), section 1952 (relating to racketeering), section 1953 (relating to interstate transportation of wagering paraphernalia), section 1954 (relating to unlawful welfare fund payments), section 1955 (relating to the prohibition of illegal gambling businesses), section 1956 (relating to the laundering of monetary instruments), section 1957 (relating to engaging in monetary transactions in property derived from specified unlawful activity), section 1958 (relating to use of interstate commerce facilities in the

commission of murder-for-hire), section 1960 (relating to illegal money transmitters), sections 2251, 2251A, 2252, and 2260 (relating to sexual exploitation of children), sections 2312 and 2313 (relating to interstate transportation of stolen motor vehicles), sections 2314 and 2315 (relating to interstate transportation of stolen property), section 2318 (relating to trafficking in counterfeit labels for phonorecords, computer programs or computer program documentation or packaging and copies of motion pictures or other audiovisual works), section 2319 (relating to criminal infringement of a copyright), section 2319A (relating to unauthorized fixation of and trafficking in sound recordings and music videos of live musical performances), section 2320 (relating to trafficking in goods or services bearing counterfeit marks), section 2321 (relating to trafficking in certain motor vehicles or motor vehicle parts), sections 2341-2346 (relating to trafficking in contraband cigarettes), sections 2421-24 (relating to white slave traffic), sections 175-178 (relating to biological weapons), sections 229-229F (relating to chemical weapons), section 831 (relating to nuclear materials), (C) any act which is indictable under title 29, United States Code, section 186 (dealing with restrictions on payments and loans to labor organizations) or section 501(c) (relating to embezzlement from union funds), (D) any offense involving fraud connected with a case under title 11 (except a case under section 157 of this title), fraud in the sale of securities, or the felonious manufacture, importation, receiving, concealment, buying, selling, or otherwise dealing in a controlled substance or listed chemical (as defined in section 102 of the Controlled Substances Act), punishable under any law of the United States, (E) any act which is indictable under the Currency and Foreign Transactions Reporting Act, (F) any act which is indictable under the Immigration and Nationality Act, section 274 (relating to bringing in and harboring certain aliens), section 277 (relating to aiding or assisting certain aliens to enter the United States), or section 278 (relating to importation of alien for immoral purpose) if the act indictable under such section of such Act was committed for the purpose of financial gain, or (G) any act that is indictable under any provision listed in section 2332b(g)(5)(B)".

ANEXO 4:

Lista das “SUAs – *Specified Unlawful Activities*” (crimes antecedentes à lavagem de dinheiro), prevista no Título 18, Seção 1956 (c) (7) do Código Penal Norte-americano (U. S. Code):

“(7) o termo ‘atividade ilegal especificada’ significa - (A) qualquer ato ou atividade que constitui uma ofensa listada na seção 1961 (1) deste título, exceto um ato que é condenável sob o subcapítulo II do capítulo 53 do título 31; (B) em relação a uma transação financeira que ocorra em todo ou em parte nos Estados Unidos, uma ofensa contra uma nação estrangeira, envolvendo - (i) a fabricação, importação, venda ou distribuição de substância controlada (tal como o termo é definido para o efeitos da Lei de Substâncias Controladas), (ii) assassinato, seqüestro, roubo, extorsão, destruição de propriedade, por meio de explosão ou incêndio, ou um crime de violência (como definido na seção 16), (iii) fraude, ou qualquer esquema ou tentativa de fraude, por ou contra um banco estrangeiro (conforme definido no parágrafo 7 da seção 1 (b) da Lei Bancária Internacional de 1978));! (1) suborno (iv) defuncionário público, ou apropriação indébita, roubo ou desvio de fundos públicos por ou em benefício de um funcionário público, (v) violação de contrabando ou de controle de exportação envolvendo - (i) um item controlado na Lista de Munições dos Estados Unidos criada ao abrigo do artigo 38 da Lei de Controle de Exportação de Armas (22 USC 2778), ou (II) um item controlado de acordo com os regulamentos Export Administration Regulations (15 CFR Partes 730-774), (vi) uma ofensa em relação à qual os Estados Unidos seriam obrigados por um tratado multilateral, seja para extraditar o suposto infrator ou a submeter o caso para a acusação, se o infrator fosse encontrado dentro do território dos Estados Unidos, ou (vii) o tráfico de pessoas, venda ou compra de crianças, exploração sexual de crianças, ou transporte, recrutamento ou abrigo de pessoa, incluindo uma criança, para atos sexuais comerciais; (C) qualquer ato ou atos que constituam uma empresa criminal, como o termo é definido na seção 408 da Lei de Substâncias Controladas (21 USC 848), (D) um delito sob a seção 32 (destruição de aeronaves), seção 37 (violência em aeroportos internacionais), seção 115 (influenciar, impedir, ou retaliar funcionário federal, ameaçando ou ferindo um membro da família), seção 152 (ocultação de bens; juramentos falsos; suborno), seção 175C (vírus da varíola), seção 215 (comissões ou presentes para a aquisição de empréstimos), seção 351 (assassinato de congressistas ou de oficiais de gabinete), qualquer um seções 500 por 503 (infrações de falsificação), seção 513 (títulos de Estados e entidades privadas), seção 541 (bens falsamente classificados), seção 542 (entrada de mercadorias por meio de declarações falsas), seção 545 (contrabando de mercadorias para os Estados Unidos), seção 549 (remoção de bens da custódia aduaneira), seção 554 (contrabando de mercadorias provenientes dos Estados Unidos), seção 641 (dinheiro público, propriedade ou registros), seção 656 (roubo, desvio ou aplicação indevida por funcionário do banco ou empregado), seção 657 (instituições de crédito e seguros), seção 658 (bens hipotecados ou empenhados em agências de crédito), seção 666 (roubo ou corrupção em programas que recebem verbas federais), seção 793, 794, ou 798 (espionagem), seção 831 (operações envolvendo materiais nucleares proibidas), seção 844 (f) ou (i) (destruição por explosivos ou fogo de propriedade do Governo ou de propriedade que afete comércio interestadual ou estrangeiro), seção 875 (comunicação interestadual), seção 922 (I) (importação

ilegal de armas de fogo), seção 924 (n) (armas de fogo do tráfico), seção 956 (conspiração para matar, seqüestrar, mutilar ou ferir determinada propriedade em um país estrangeiro), seção 1005 (entradas bancárias fraudulentas), 1006 (! 2) (entradas fraudulentas em instituições federais de crédito), 1007 (! 2) (operações de Federal Deposit Insurance), 1014 (! 2) (pedidos fraudulentos de empréstimos ou de crédito), seção 1030 (fraude informática e abuso), 1032 (! 2) (ocultação de bens do receptor conservador, ou agente de liquidação de instituição financeira), seção 1111 (assassinato), seção 1114 (assassinato de policiais dos Estados Unidos), seção 1116 (assassinato de funcionários estrangeiros, convidados oficiais ou pessoas protegidas), seção 1201 (seqüestro), seção 1203 (tomada de reféns), seção 1361 (lesão intencional de propriedade do Governo), seção 1363 (destruição de propriedade dentro da jurisdição marítima e territorial), seção 1708 (roubo do correio), seção 1751 (assassinato do Presidente), seção 2113 ou 2114 (banco postal, roubos e furtos), seção 2252A (pornografia infantil), onde a pornografia infantil contém uma representação visual de um menor envolvido em conduta sexualmente explícita, seção 2260 (produção de pornografia infantil para importação para os Estados Unidos), seção 2280 (violência contra a navegação marítima), seção 2281 (violência contra plataformas marítimas fixas), seção 2319 (violação de direitos autorais), seção 2320 (tráfico de serviços e produtos falsificados), seção 2332 (atos terroristas no exterior contra cidadãos dos Estados Unidos), seção 2332a (uso de armas de destruição em massa), seção 2332b (atos terroristas internacionais que transcendem as fronteiras nacionais), seção 2332g (sistemas de mísseis concebidos para destruir os aviões), seção 2332h (dispositivos de dispersão radiológica), seção 2339A ou 2339B (fornecimento de apoio material a terroristas), seção 2339C (financiamento do terrorismo), ou seção 2339D (recebimento militar - formação específica de uma organização terrorista estrangeira) do presente título, seção 46502 do título 49, United States Code, uma violação criminal do desvio de produtos químicos e legislação de tráfico de 1988 (produtos químicos essenciais), seção 590 do Tariff Act de 1930 (19 USC 1590) (tráfico de aviação), seção 422 da Lei de Substâncias Controladas (relativo a transporte de máquinas para a produção de drogas), seção 38 (c) (infrações penais) da legislação de controle de exportação de armas, seção 11 (violações) da Lei de Administração de Exportação de 1979, seção 206 (sanções) da International Emergency Economic Powers Act, seção 16 (delitos e punição) do Trading with the Enemy Act, qualquer violação do crime do artigo 15 da Lei de Alimentos e Nutrição de 2008 (assistência a fraude a programa de nutrição), envolvendo uma quantidade de prestações com um valor não inferior a 5.000 dólares, qualquer violação da seção 543 (a) (1) da Lei de Habitação de 1949 (clonagem de capital próprio), qualquer violação crime da Lei de Estrangeiros Agentes de Registro de 1938, qualquer violação do crime da Lei de Práticas de Corrupção no Exterior, ou seção 92 da Lei de Energia Atômica de 1954 (42 USC 2122) (proibições que regem armas atômicas) (! 3). CRIMES AMBIENTAIS (E) um crime de violação da Constituição Federal, Lei de Controle da Poluição da Água (33 USC 1251 et seq.), Oceano Dumping Act (33 USC 1401 et seq.), Lei de Prevenção da Poluição por Navios (33 USC 1901 et seq.), Safe Drinking Water Act (42 USC 300f e segs), ou legislação de Conservação dos Recursos (42 USC 6901 et seq),... ou (F) qualquer ato ou atividade que constitua um crime envolvendo uma ofensa ao cuidado de saúde federal”.

Tradução livre de:

“(7) the term "specified unlawful activity" means - (A) any act or activity constituting an offense listed in section 1961(1) of this title except an act which is indictable under subchapter II of chapter 53 of title 31;(B) with respect to a financial transaction occurring in whole or in part in the United States, an offense against a foreign nation involving - (i) the manufacture, importation, sale, or distribution of a controlled substance (as such term is defined for the purposes of the Controlled Substances Act); (ii) murder, kidnapping, robbery, extortion, destruction of property by means of explosive or fire, or a crime of violence (as defined in section 16); (iii) fraud, or any scheme or attempt to defraud, by or against a foreign bank (as defined in paragraph 7 of section 1(b) of the International Banking Act of 1978)); (!1) (iv) bribery of a public official, or the misappropriation, theft, or embezzlement of public funds by or for the benefit of a public official; (v) smuggling or export control violations involving - (I) an item controlled on the United States Munitions List established under section 38 of the Arms Export Control Act (22 U.S.C. 2778); or (II) an item controlled under regulations under the Export Administration Regulations (15 C.F.R. Parts 730-774); (vi) an offense with respect to which the United States would be obligated by a multilateral treaty, either to extradite the alleged offender or to submit the case for prosecution, if the offender were found within the territory of the United States; or (vii) trafficking in persons, selling or buying of children, sexual exploitation of children, or transporting, recruiting or harboring a person, including a child, for commercial sex acts; (C) any act or acts constituting a continuing criminal enterprise, as that term is defined in section 408 of the Controlled Substances Act (21 U.S.C. 848); (D) an offense under section 32 (relating to the destruction of aircraft), section 37 (relating to violence at international airports), section 115 (relating to influencing, impeding, or retaliating against a Federal official by threatening or injuring a family member), section 152 (relating to concealment of assets; false oaths and claims; bribery), section 175c (relating to the variola virus), section 215 (relating to commissions or gifts for procuring loans), section 351 (relating to congressional or Cabinet officer assassination), any of sections 500 through 503 (relating to certain counterfeiting offenses), section 513 (relating to securities of States and private entities), section 541 (relating to goods falsely classified), section 542 (relating to entry of goods by means of false statements), section 545 (relating to smuggling goods into the United States), section 549 (relating to removing goods from Customs custody), section 554 (relating to smuggling goods from the United States), section 641 (relating to public money, property, or records), section 656 (relating to theft, embezzlement, or misapplication by bank officer or employee), section 657 (relating to lending, credit, and insurance institutions), section 658 (relating to property mortgaged or pledged to farm credit agencies), section 666 (relating to theft or bribery concerning programs receiving Federal funds), section 793, 794, or 798 (relating to espionage), section 831 (relating to prohibited transactions involving nuclear materials), section 844(f) or (i) (relating to destruction by explosives or fire of Government property or property affecting interstate or foreign commerce), section 875 (relating to interstate communications), section 922(l) (relating to the unlawful importation of firearms), section 924(n) (relating to firearms trafficking), section 956 (relating to conspiracy to kill, kidnap, maim, or injure certain property in a foreign country), section 1005 (relating to fraudulent bank entries), 1006 (!2) (relating to fraudulent Federal credit institution entries), 1007 (!2) (relating to Federal Deposit Insurance transactions), 1014 (!2) (relating to fraudulent loan or credit applications), section 1030 (relating to computer fraud and abuse), 1032 (!2) (relating to concealment of assets from conservator, receiver, or liquidating agent of financial institution), section 1111

(relating to murder), section 1114 (relating to murder of United States law enforcement officials), section 1116 (relating to murder of foreign officials, official guests, or internationally protected persons), section 1201 (relating to kidnaping), section 1203 (relating to hostage taking), section 1361 (relating to willful injury of Government property), section 1363 (relating to destruction of property within the special maritime and territorial jurisdiction), section 1708 (theft from the mail), section 1751 (relating to Presidential assassination), section 2113 or 2114 (relating to bank and postal robbery and theft), section 2252A (relating to child pornography) where the child pornography contains a visual depiction of an actual minor engaging in sexually explicit conduct, section 2260 (production of certain child pornography for importation into the United States), section 2280 (relating to violence against maritime navigation), section 2281 (relating to violence against maritime fixed platforms), section 2319 (relating to copyright infringement), section 2320 (relating to trafficking in counterfeit goods and services), section 2332 (relating to terrorist acts abroad against United States nationals), section 2332a (relating to use of weapons of mass destruction), section 2332b (relating to international terrorist acts transcending national boundaries), section 2332g (relating to missile systems designed to destroy aircraft), section 2332h (relating to radiological dispersal devices), section 2339A or 2339B (relating to providing material support to terrorists), section 2339C (relating to financing of terrorism), or section 2339D (relating to receiving military - type training from a foreign terrorist organization) of this title, section 46502 of title 49, United States Code, a felony violation of the Chemical Diversion and Trafficking Act of 1988 (relating to precursor and essential chemicals), section 590 of the Tariff Act of 1930 (19 U.S.C. 1590) (relating to aviation smuggling), section 422 of the Controlled Substances Act (relating to transportation of drug paraphernalia), section 38(c) (relating to criminal violations) of the Arms Export Control Act, section 11 (relating to violations) of the Export Administration Act of 1979, section 206 (relating to penalties) of the International Emergency Economic Powers Act, section 16 (relating to offenses and punishment) of the Trading with the Enemy Act, any felony violation of section 15 of the Food and Nutrition Act of 2008 (relating to supplemental nutrition assistance program benefits fraud) involving a quantity of benefits having a value of not less than \$5,000, any violation of section 543(a)(1) of the Housing Act of 1949 (relating to equity skimming), any felony violation of the Foreign Agents Registration Act of 1938, any felony violation of the Foreign Corrupt Practices Act, or section 92 of the Atomic Energy Act of 1954 (42 U.S.C. 2122) (relating to prohibitions governing atomic weapons) (!3). ENVIRONMENTAL CRIMES (E) a felony violation of the Federal Water Pollution Control Act (33 U.S.C. 1251 et seq.), the Ocean Dumping Act (33 U.S.C. 1401 et seq.), the Act to Prevent Pollution from Ships (33 U.S.C. 1901 et seq.), the Safe Drinking Water Act (42 U.S.C. 300f et seq.), or the Resources Conservation and Recovery Act (42 U.S.C. 6901 et seq.); or (F) any act or activity constituting an offense involving a Federal health care offense”.

ANEXO 5:

Seção 1956, (a) (1), do Código Penal Norte-americano (*U. S. Code*):

“(1) Quem, sabendo que a propriedade envolvida em uma transação financeira representa o produto de algum tipo de atividade ilegal, realiza ou tenta realizar tal operação financeira que envolve o produto de certas atividades ilícitas- (A) (i) com a intenção de promover o exercício de certas atividades ilegais, ou (ii) com a intenção de se engajar em comportamentos que constituam uma violação da seção 7201 ou 7206 do Internal Revenue Code de 1986, ou (B), sabendo que a transação é projetada no todo ou em parte - (i) para ocultar ou dissimular a natureza, a localização, a fonte, a propriedade ou o controle das receitas da atividade ilegal especificada, ou (ii) para evitar uma comunicação de transação exigida por lei estadual ou federal, deve ser condenado a uma multa de não mais de US\$ 500.000 ou o dobro do valor dos bens envolvidos na transação, o que for maior, ou a pena de prisão não superior a vinte anos, ou ambos. Para os fins deste parágrafo, uma transação financeira deve ser considerada como uma que envolva o produto da atividade ilegal se fizer parte de um conjunto de operações paralelas ou dependentes, qualquer uma das quais envolvendo o produto da atividade ilegal, e todas que fazem parte de um plano ou arranjo único. (2) Quem transporta, transmite, transfere, ou tentar transportar, transmitir ou transferir um instrumento monetário ou fundos de um lugar nos Estados Unidos através de um lugar fora dos Estados Unidos ou para um lugar nos Estados Unidos a partir de ou através de um lugar fora dos Estados Unidos - (A) com a intenção de promover o exercício de atividade ilegal, ou (B) sabendo que o instrumento monetário ou fundos envolvidos no transporte, transmissão ou transferência representam o produto de alguma forma de atividade ilegal e sabendo que tal transporte, transmissão, ou transferência são projetados no todo ou em parte - (i) para ocultar ou dissimular a natureza, a localização, a fonte, a propriedade ou o controle das receitas de atividade ilegal, ou (ii) para evitar uma notificação de transação exigida nos termos da legislação estadual ou federal, deve ser condenado a uma multa de não mais de US \$ 500.000 ou o dobro do valor do instrumento monetário ou fundos envolvidos no transporte, transferência, transmissão, o que for maior, ou pena de prisão não superior a vinte anos, ou ambos. Para efeitos do delito descrito no parágrafo (B), o conhecimento do réu pode ser estabelecido por uma prova de que um policial apresentou o tema especificado no parágrafo (B) como verdadeiro, e as declarações posteriores do réu ou ações indicam que o réu acreditava que tais suposições eram verdadeiras. (3) Quem, com a intenção - (A) de promover o exercício da atividade ilegal; (B) de ocultar ou dissimular a natureza, localização, fonte, propriedade ou controle da propriedade que acredita-se ser produto de atividades ilegais, ou (C) de evitar uma obrigação de apresentar relatórios de transações conforme leis estaduais ou federais, realiza ou tenta realizar uma operação financeira envolvendo um bem descrita como produto de atividade ilícita, ou bens utilizados para realizar ou facilitar atividade ilegal, deve ser multado sob este título, ou preso por não mais de 20 anos, ou ambos. Para efeitos do presente parágrafo e do parágrafo (2), o termo "apresentado", qualquer apresentação feita por um oficial da lei ou por outra pessoa na direção de, ou com a aprovação de, um funcionário federal competente para investigar ou processar as violações desta seção”.

Tradução livre de:

“(a)(1) Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity - (A)(i) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or (ii) with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or (B) knowing that the transaction is designed in whole or in part - (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For purposes of this paragraph, a financial transaction shall be considered to be one involving the proceeds of specified unlawful activity if it is part of a set of parallel or dependent transactions, any one of which involves the proceeds of specified unlawful activity, and all of which are part of a single plan or arrangement. (2) Whoever transports, transmits, or transfers, or attempts to transport, transmit, or transfer a monetary instrument or funds from a place in the United States to or through a place outside the United States or to a place in the United States from or through a place outside the United States - (A) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or (B) knowing that the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer represent the proceeds of some form of unlawful activity and knowing that such transportation, transmission, or transfer is designed in whole or in part - (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the monetary instrument or funds involved in the transportation, transmission, or transfer, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both. For the purpose of the offense described in subparagraph (B), the defendant's knowledge may be established by proof that a law enforcement officer represented the matter specified in subparagraph (B) as true, and the defendant's subsequent statements or actions indicate that the defendant believed such representations to be true. (3) Whoever, with the intent - (A) to promote the carrying on of specified unlawful activity; (B) to conceal or disguise the nature, location, source, ownership, or control of property believed to be the proceeds of specified unlawful activity; or (C) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, conducts or attempts to conduct a financial transaction involving property represented to be the proceeds of specified unlawful activity, or property used to conduct or facilitate specified unlawful activity, shall be fined under this title or imprisoned for not more than 20 years, or both. For purposes of this paragraph and paragraph (2), the term "represented" means any representation made by a law enforcement officer or by another person at the direction of, or with the approval of, a Federal official authorized to investigate or prosecute violations of this section”.

ANEXO 6:

§ 261 do Código Penal Alemão (*Strafgesetzbuch*):

§ 261 – Lavagem de Dinheiro, Ocultação de Bens

(1) Quem oculte um bem/uma coisa, dissimule sua origem ou impeça ou exponha a perigo a investigação de sua origem, da sua descoberta, de sua decadência, da sua cobrança, da sua garantia/proteção, sendo este bem resultado de um ato antijurídico previsto na frase 2, será penalizado com pena privativa de liberdade de três meses até cinco anos. Fatos antijurídicos no sentido da frase 01 são:

1. Crimes

2. Delitos conforme

a) § 332 Parágrafo 1, também associado ao parágrafo 3 e § 334;

b) § 29 Parágrafo 1, Frase 1, Número 1, da Lei de Narcóticos e § 19 Parágrafo 1, Número 1 da Lei de Vigilância de Matérias-Primas

3. Delitos conforme § 373 e conforme § 374 Parágrafo 2º do Código Fiscal, respectivamente também em associação com o § 12 parágrafo 1 da Lei para a execução das organizações de mercado comum e dos pagamentos diretos.

4. Delitos

a) conforme os §§ 152a, 181a, 232, números 1 e 2, § 233, número 1 e 2, §§ 233a, 242, 246, 253, 259, 263 a 264, 266, 267, 269, 271, 284, 326, números 1, 2 e 4, § 328, números 1, 2 e 4 e § 348;

b) Conforme § 96 da Lei de Permanência, § 84 da Lei de Procedimentos para Asilo, § 370 do Código Fiscal, § 38, Parágrafos 1 a 3 e 5 da Lei de Negociação de Valores Mobiliários, bem como os §§ 143, 143a e 144 da Lei de Proteção às Marcas, os §§ 106 a 108b da Lei de Direitos Autorais, § 25 da Lei de Propriedade Intelectual, os §§ 51 e 65 da Lei de Proteção ao Desenho/Modelo, § 142 da Lei de Patentes, § 10 da Lei de Direitos Autorais, e § 39 da Lei de Proteção de Cultivares, cujos atos tenham sido cometidos profissionalmente ou por um membro da quadrilha que se tenha associado para a comissão continuada de tais atos, e

5. Delito conforme o § 89a e conforme o § 129 e 129a, Parágrafo 3 e 5, bem como em relação ao § 129b, Parágrafo 1, bem como pelo delito cometido através de um membro de uma organização criminal ou terrorista (§ 129, 129a, respectivamente, em associação com o § 129b, parágrafo 1).

A Frase 1 vale nos casos de fraude fiscal profissional ou em quadrilha, conforme o § 370 do Código Fiscal, para aqueles que, por meio da sonegação, subtraíam despesas poupadas, bens e restituições de impostos recebidas ilegalmente, bem como, nos casos da Frase 2, Número 3, as suas exações.

(2) Também será punido aquele que

1. Obtenha para si ou para um terceiro o bem assinalado no Parágrafo 1 ou

2. custodie o bem assinalado no Parágrafo 1 ou use para si ou para um terceiro, quando este, no momento em que tenha obtido o bem, sabia da sua origem.

(3) A tentativa é punível.

(4) Em casos excepcionais e graves a pena privativa de liberdade será de 06 meses a 10 anos. Um caso excepcional e grave existe na regra quando o autor aja profissionalmente ou como membro de uma quadrilha, que esteja associada ao ato comissivo contínuo da lavagem de dinheiro.

(5) Quem, nos casos dos Parágrafos 1 e 2 não reconheça facilmente que o bem seja resultado de um dos atos antijurídicos do Parágrafo 1º, será punido com pena privativa de liberdade até dois anos ou com pena de multa.

(6) O ato não é punível de acordo com o Parágrafo 2 quando antes um terceiro haja obtido o bem, sem haver cometido o ato punível.

(7) Objetos, aos quais se refere o ato punível, podem ser confiscados. Aplica-se o § 74a. O § 73 é aplicável quando o autor atua profissionalmente ou como membro de uma quadrilha, que esteja associada ao ato comissivo contínuo da lavagem de dinheiro.

(8) Os objetos descritos nos Parágrafos 1, 2 e 5 equiparam-se àqueles que resultem de delitos cometidos no exterior, quando o ato - também no local do crime - for passível de punição.

(9) Conforme os parágrafos 1 a 5, não será punido quem:

1. Voluntariamente denuncie o fato às autoridades competentes ou ocasione voluntariamente esta denúncia, quando o ato – neste momento – não esteja já total ou parcialmente descoberto e o autor tenha conhecimento disto ou, através de uma apreciação objetiva da situação, conte com isso, e

2. Nos casos dos Parágrafos 1 e 2 – sob os pressupostos do item 1 acima –, seja efetuado o confisco do bem referente ao fato punível.

Além disso, em conformidade com os parágrafos 1 a 5, o agente não será punido em razão da participação em atos preparatórios.

(10) Suprimido.

Tradução livre de:

§ 261 Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte

(1) Wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen

Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die

Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis

zu fünf Jahren bestraft. Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind

1. Verbrechen,

2. Vergehen nach

a) § 332 Abs. 1, auch in Verbindung mit Abs. 3, und § 334,

b) § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Betäubungsmittelgesetzes und § 19 Abs. 1 Nr. 1 des Grundstoffüberwachungsgesetzes,

3. Vergehen nach § 373 und nach § 374 Abs. 2 der Abgabenordnung, jeweils auch in Verbindung mit § 12 Abs. 1

des Gesetzes zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen,

4. Vergehen

a) nach den §§ 152a, 181a, 232 Abs. 1 und 2, § 233 Abs. 1 und 2, §§ 233a, 242, 246, 253, 259, 263 bis 264,

266, 267, 269, 271, 284, 326 Abs. 1, 2 und 4, § 328 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 348,

b) nach § 96 des Aufenthaltsgesetzes, § 84 des Asylverfahrensgesetzes, nach § 370 der Abgabenordnung,

nach § 38 Absatz 1 bis 3 und 5 des Wertpapierhandelsgesetzes sowie nach den §§ 143, 143a

und 144 des Markengesetzes, den §§ 106 bis 108b des Urheberrechtsgesetzes, § 25 des Gebrauchsmustergesetzes, den §§ 51 und 65 des Geschmacksmustergesetzes, § 142 des Patentgesetzes, § 10 des Halbleiterschutzgesetzes und § 39 des Sortenschutzgesetzes,
Ein Service des Bundesministeriums der Justiz in
Zusammenarbeit mit der juris GmbH - www.juris.de
- Seite 114 von 150 -

die gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begangen worden sind, und

5. Vergehen nach § 89a und nach den §§ 129 und 129a Abs. 3 und 5, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, sowie von einem Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1) begangene Vergehen.

Satz 1 gilt in den Fällen der gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Steuerhinterziehung nach § 370 der Abgabenordnung für die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen und unrechtmäßig erlangten Steuererstattungen und -vergütungen sowie in den Fällen des Satzes 2 Nr. 3 auch für einen Gegenstand, hinsichtlich dessen Abgaben hinterzogen worden sind.

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen in Absatz 1 bezeichneten Gegenstand

1. sich oder einem Dritten verschafft oder
2. verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er die Herkunft des Gegenstandes zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Geldwäsche verbunden hat.

(5) Wer in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 leichtfertig nicht erkennt, daß der Gegenstand aus einer in Absatz 1 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(6) Die Tat ist nicht nach Absatz 2 strafbar, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen.

(7) Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden. § 73d ist anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Geldwäsche verbunden hat.

(8) Den in den Absätzen 1, 2 und 5 bezeichneten Gegenständen stehen solche gleich, die aus einer im Ausland

begangenen Tat der in Absatz 1 bezeichneten Art herrühren, wenn die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.

(9) Nach den Absätzen 1 bis 5 wird nicht bestraft, wer

1. die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlaßt, wenn

nicht die Tat in diesem Zeitpunkt ganz oder zum Teil bereits entdeckt war und der Täter dies wußte oder bei

verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen mußte, und

2. in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 unter den in Nummer 1 genannten

Voraussetzungen die Sicherstellung

des Gegenstandes bewirkt, auf den sich die Straftat bezieht.

Nach den Absätzen 1 bis 5 wird außerdem nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist.

(10) (weggefallen)

ANEXO 7:

Artigos 301 a 304 do Código Penal Espanhol:

Artículo 301. 1. El que adquiere, posea, utilice, convierta, o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en una actividad delictiva, cometida por él o por cualquiera tercera persona, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los bienes. En estos casos, los jueces o tribunales, atendiendo a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del delincuente, podrán imponer también a éste la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de uno a tres años, y acordar la medida de clausura temporal o definitiva del establecimiento o local. Si la clausura fuese temporal, su duración no podrá exceder de cinco años.

La pena se impondrá en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos relacionados con el tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas descritos en los artículos 368 a 372 de este Código. En estos supuestos se aplicarán las disposiciones contenidas en el artículo 374 de este Código.

También se impondrá la pena en su mitad superior cuando los bienes tengan su origen en alguno de los delitos comprendidos en los Capítulos V, VI, VII, VIII, IX y X del Título XIX o en alguno de los delitos del Capítulo I del Título XVI.

2. Con las mismas penas se sancionará, según los casos, la ocultación o encubrimiento de la verdadera naturaleza, origen, ubicación, destino, movimiento o derechos sobre los bienes o propiedad de los mismos, a sabiendas de que proceden de alguno de los delitos expresados en el apartado anterior o de un acto de participación en ellos.

3. Si los hechos se realizasen por imprudencia grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años y multa del tanto al triplo.

4. El culpable será igualmente castigado aunque el delito del que provinieren los bienes, o los actos penados en los apartados anteriores hubiesen sido cometidos, total o parcialmente, en el extranjero.

5. Si el culpable hubiera obtenido ganancias, serán decomisadas conforme a las reglas del artículo 127 de este Código.

Artículo 302. 1. En los supuestos previstos en el artículo anterior se impondrán las penas privativas de libertad en su mitad superior a las personas que pertenezcan a una organización dedicada a los fines señalados en los mismos, y la pena superior en grado a los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

2. En tales casos, cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sea responsable una persona jurídica, se le impondrán las siguientes penas:

a. Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b. Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33.

Artículo 303. Si los hechos previstos en los artículos anteriores fueran realizados por empresario, intermediario en el sector financiero, facultativo, funcionario público, trabajador social, docente o educador, en el ejercicio de su cargo, profesión u oficio, se le impondrá, además de la pena correspondiente, la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, industria o comercio, de tres a diez años. Se impondrá la pena de inhabilitación absoluta de diez a veinte años cuando los referidos hechos fueren realizados por autoridad o agente de la misma.

A tal efecto, se entiende que son facultativos los médicos, psicólogos, las personas en posesión de Títulos sanitarios, los veterinarios, los farmacéuticos y sus dependientes.

Artículo 304. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 301 a 303 se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

ANEXO 8:

Artigo 368-A do Código Penal Português:

Artigo 368-A – Branqueamento

1 — Para efeitos do disposto nos números seguintes, consideram-se vantagens os bens provenientes da prática, sob qualquer forma de comparticipação, dos factos ilícitos típicos de lenocínio, abuso sexual de crianças ou de menores dependentes, extorsão, tráfico de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, tráfico de armas, tráfico de órgãos ou tecidos humanos, tráfico de espécies protegidas, fraude fiscal, tráfico de influência, corrupção e demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro, e dos factos ilícitos típicos puníveis com pena de prisão de duração mínima superior a 6 meses ou de duração máxima superior a 5 anos, assim como os bens que com eles se obtenham.

2 — Quem converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência de vantagens, por si ou por terceiro, directa ou indirectamente, com o fim de dissimular a sua origem ilícita, ou de evitar que o autor ou participante dessas infracções seja criminalmente perseguido ou submetido a uma reacção criminal, é punido com pena de prisão de 2 a 12 anos.

3 — Na mesma pena incorre quem ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou titularidade das vantagens, ou os Direitos a ela relativos.

4 — A punição pelos crimes previstos nos n.ºs 2 e 3 tem lugar ainda que os factos que integram a infracção subjacente tenham sido praticados fora do território nacional, ou ainda que se ignore o local da prática do facto ou a identidade dos seus autores.

5 — O facto não é punível quando o procedimento criminal relativo aos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens depender de queixa e a queixa não tenha sido tempestivamente apresentada, salvo se as vantagens forem provenientes dos factos ilícitos típicos previstos nos artigos 172.º e 173.º

6 — A pena prevista nos n.ºs 2 e 3 é agravada de um terço se o agente praticar as condutas de forma habitual.

7 — Quando tiver lugar a reparação integral do dano causado ao ofendido pelo facto ilícito típico de cuja prática provêm as vantagens, sem dano ilegítimo de terceiro, até ao início da audiência de julgamento em 1.ª instância, a pena é especialmente atenuada.

8 — Verificados os requisitos previstos no número anterior, a pena pode ser especialmente atenuada se a reparação for parcial.

9 — A pena pode ser especialmente atenuada se o agente auxiliar concretamente na recolha das provas decisivas para a identificação ou a captura dos responsáveis pela prática dos factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

10 — A pena aplicada nos termos dos números anteriores não pode ser superior ao limite máximo da pena mais elevada de entre as previstas para os factos ilícitos típicos de onde provêm as vantagens.

ANEXO 9:

Artigos 303 a 305 do Código Penal Argentino:

ARTICULO 303. - ...

1) Será reprimido con prisión de tres (3) a diez (10) años y multa de dos (2) a diez (10) veces del monto de la operación, el que convirtiere, transfiriere, administrare, vendiere, gravare, disimulare o de cualquier otro modo pusiere en circulación en el mercado, bienes provenientes de un ilícito penal, con la consecuencia posible de que el origen de los bienes originarios o los subrogantes adquieran la apariencia de un origen lícito, y siempre que su valor supere la suma de pesos trescientos mil (\$ 300.000), sea en un solo acto o por la reiteración de hechos diversos vinculados entre sí.

2) La pena prevista en el inciso 1 será aumentada en un tercio del máximo y en la mitad del mínimo, en los siguientes casos:

a) Cuando el autor realizare el hecho con habitualidad o como miembro de una asociación o banda formada para la comisión continuada de hechos de esta naturaleza;

b) Cuando el autor fuera funcionario público que hubiera cometido el hecho en ejercicio u ocasión de sus funciones. En este caso, sufrirá además pena de inhabilitación especial de tres (3) a diez (10) años. La misma pena sufrirá el que hubiere actuado en ejercicio de una profesión u oficio que requirieran habilitación especial.

3) El que recibiere dinero u otros bienes provenientes de un ilícito penal, con el fin de hacerlos aplicar en una operación de las previstas en el inciso 1, que les dé la apariencia posible de un origen lícito, será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

4) Si el valor de los bienes no superare la suma indicada en el inciso 1, el autor será reprimido con la pena de prisión de seis (6) meses a tres (3) años.

5) Las disposiciones de este artículo regirán aún cuando el ilícito penal precedente hubiera sido cometido fuera del ámbito de aplicación espacial de este Código, en tanto el hecho que lo tipificara también hubiera estado sancionado con pena en el lugar de su comisión.

ARTICULO 304. - Cuando los hechos delictivos previstos en el artículo precedente hubieren sido realizados en nombre, o con la intervención, o en beneficio de una persona de existencia ideal, se impondrán a la entidad las siguientes sanciones conjunta o alternativamente:

1. Multa de dos (2) a diez (10) veces el valor de los bienes objeto del delito.

2. Suspensión total o parcial de actividades, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.

3. Suspensión para participar en concursos o licitaciones estatales de obras o servicios públicos o en cualquier otra actividad vinculada con el Estado, que en ningún caso podrá exceder de diez (10) años.

4. Cancelación de la personería cuando hubiese sido creada al solo efecto de la comisión del delito, o esos actos constituyan la principal actividad de la entidad.

5. Pérdida o suspensión de los beneficios estatales que tuviere.

6. Publicación de un extracto de la sentencia condenatoria a costa de la persona jurídica.

Para graduar estas sanciones, los jueces tendrán en cuenta el incumplimiento de reglas y procedimientos internos, la omisión de vigilancia sobre la actividad de los autores y partícipes, la extensión del daño causado, el monto de dinero involucrado en la comisión del delito, el tamaño, la naturaleza y la capacidad económica de la persona jurídica.

Cuando fuere indispensable mantener la continuidad operativa de la entidad, o de una obra, o de un servicio en particular, no serán aplicables las sanciones previstas por el inciso 2 y el inciso 4.

ARTICULO 305. - El juez podrá adoptar desde el inicio de las actuaciones judiciales las medidas cautelares suficientes para asegurar la custodia, administración, conservación, ejecución y disposición del o de los bienes que sean instrumentos, producto, provecho o efectos relacionados con los delitos previstos en los artículos precedentes.

En operaciones de lavado de activos, serán decomisados de modo definitivo, sin necesidad de condena penal, cuando se hubiere podido comprobar la ilicitud de su origen, o del hecho material al que estuvieren vinculados, y el imputado no pudiere ser enjuiciado por motivo de fallecimiento, fuga, prescripción o cualquier otro motivo de suspensión o extinción de la acción penal, o cuando el imputado hubiere reconocido la procedencia o uso ilícito de los bienes.

Los activos que fueren decomisados serán destinados a reparar el daño causado a la sociedad, a las víctimas en particular o al Estado. Sólo para cumplir con esas finalidades podrá darse a los bienes un destino específico.

Todo reclamo o litigio sobre el origen, naturaleza o propiedad de los bienes se realizará a través de una acción administrativa o civil de restitución. Cuando el bien hubiere sido subastado sólo se podrá reclamar su valor monetario.

ANEXO 10:

Artigos 9º a 12 da Lei brasileira de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98):

CAPÍTULO V Das Pessoas Sujeitas À Lei

Art. 9º Sujeitam-se às obrigações referidas nos arts. 10 e 11 as pessoas jurídicas que tenham, em caráter permanente ou eventual, como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não:

I - a captação, intermediação e aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira;

II – a compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial;

III - a custódia, emissão, distribuição, liquidação, negociação, intermediação ou administração de títulos ou valores mobiliários.

Parágrafo único. Sujeitam-se às mesmas obrigações:

I - as bolsas de valores e bolsas de mercadorias ou futuros;

II - as seguradoras, as corretoras de seguros e as entidades de previdência complementar ou de capitalização;

III - as administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito, bem como as administradoras de consórcios para aquisição de bens ou serviços;

IV - as administradoras ou empresas que se utilizem de cartão ou qualquer outro meio eletrônico, magnético ou equivalente, que permita a transferência de fundos;

V - as empresas de arrendamento mercantil (*leasing*) e as de fomento comercial (*factoring*);

VI - as sociedades que efetuem distribuição de dinheiro ou quaisquer bens móveis, imóveis, mercadorias, serviços, ou, ainda, concedam descontos na sua aquisição, mediante sorteio ou método assemelhado;

VII - as filiais ou representações de entes estrangeiros que exerçam no Brasil qualquer das atividades listadas neste artigo, ainda que de forma eventual;

VIII - as demais entidades cujo funcionamento dependa de autorização de órgão regulador dos mercados financeiro, de câmbio, de capitais e de seguros;

IX - as pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras, que operem no Brasil como agentes, dirigentes, procuradoras, comissionárias ou por qualquer forma representem interesses de ente estrangeiro que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo;

X - as pessoas jurídicas que exerçam atividades de promoção imobiliária ou compra e venda de imóveis;

XI - as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

XII – as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem bens de luxo ou de alto valor ou exerçam atividades que envolvam grande volume de recursos em espécie.
(Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

CAPÍTULO VI Da Identificação dos Clientes e Manutenção de Registros

Art. 10. As pessoas referidas no art. 9º:

I - identificarão seus clientes e manterão cadastro atualizado, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes;

II - manterão registro de toda transação em moeda nacional ou estrangeira, títulos e valores mobiliários, títulos de crédito, metais, ou qualquer ativo passível de ser convertido em dinheiro, que ultrapassar limite fixado pela autoridade competente e nos termos de instruções por esta expedidas;

III - deverão atender, no prazo fixado pelo órgão judicial competente, as requisições formuladas pelo Conselho criado pelo art. 14, que se processarão em segredo de justiça.

§ 1º Na hipótese de o cliente constituir-se em pessoa jurídica, a identificação referida no inciso I deste artigo deverá abranger as pessoas físicas autorizadas a representá-la, bem como seus proprietários.

§ 2º Os cadastros e registros referidos nos incisos I e II deste artigo deverão ser conservados durante o período mínimo de cinco anos a partir do encerramento da conta ou da conclusão da transação, prazo este que poderá ser ampliado pela autoridade competente.

§ 3º O registro referido no inciso II deste artigo será efetuado também quando a pessoa física ou jurídica, seus entes ligados, houver realizado, em um mesmo mês-calendário, operações com uma mesma pessoa, conglomerado ou grupo que, em seu conjunto, ultrapassem o limite fixado pela autoridade competente.

Art. 10A. O Banco Central manterá registro centralizado formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores. (Incluído pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

CAPÍTULO VII

Da Comunicação de Operações Financeiras

Art. 11. As pessoas referidas no art. 9º:

I - dispensarão especial atenção às operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se;

II - deverão comunicar, abstenendo-se de dar aos clientes ciência de tal ato, no prazo de vinte e quatro horas, às autoridades competentes:

a) todas as transações constantes do inciso II do art. 10 que ultrapassarem limite fixado, para esse fim, pela mesma autoridade e na forma e condições por ela estabelecidas, devendo ser juntada a identificação a que se refere o inciso I do mesmo artigo; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)

b) a proposta ou a realização de transação prevista no inciso I deste artigo.

§ 1º As autoridades competentes, nas instruções referidas no inciso I deste artigo, elaborarão relação de operações que, por suas características, no que se refere às partes envolvidas, valores, forma de realização, instrumentos utilizados, ou pela falta de fundamento econômico ou legal, possam configurar a hipótese nele prevista.

§ 2º As comunicações de boa-fé, feitas na forma prevista neste artigo, não acarretarão responsabilidade civil ou administrativa.

§ 3º As pessoas para as quais não exista órgão próprio fiscalizador ou regulador farão as comunicações mencionadas neste artigo ao Conselho de Controle das Atividades Financeiras - COAF e na forma por ele estabelecida.

CAPÍTULO VIII

Da Responsabilidade Administrativa

Art. 12. Às pessoas referidas no art. 9º, bem como aos administradores das pessoas jurídicas, que deixem de cumprir as obrigações previstas nos arts. 10 e 11 serão aplicadas, cumulativamente ou não, pelas autoridades competentes, as seguintes sanções:

I - advertência;

II - multa pecuniária variável, de um por cento até o dobro do valor da operação, ou até duzentos por cento do lucro obtido ou que presumivelmente seria obtido pela realização da operação, ou, ainda, multa de até R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais);

III - inabilitação temporária, pelo prazo de até dez anos, para o exercício do cargo de administrador das pessoas jurídicas referidas no art. 9º;

IV - cassação da autorização para operação ou funcionamento.

§ 1º A pena de advertência será aplicada por irregularidade no cumprimento das instruções referidas nos incisos I e II do art. 10.

§ 2º A multa será aplicada sempre que as pessoas referidas no art. 9º, por negligência ou dolo:

I – deixarem de sanar as irregularidades objeto de advertência, no prazo assinalado pela autoridade competente;

II – não realizarem a identificação ou o registro previstos nos incisos I e II do art. 10;

III - deixarem de atender, no prazo, a requisição formulada nos termos do inciso III do art. 10;

IV - descumprirem a vedação ou deixarem de fazer a comunicação a que se refere o art. 11.

§ 3º A inabilitação temporária será aplicada quando forem verificadas infrações graves quanto ao cumprimento das obrigações constantes desta Lei ou quando ocorrer reincidência específica, devidamente caracterizada em transgressões anteriormente punidas com multa.

§ 4º A cassação da autorização será aplicada nos casos de reincidência específica de infrações anteriormente punidas com a pena prevista no inciso III do *caput* deste artigo.